ескія

ки

ЮРИДИЧЕСКІЯ



ЗАПИСКИ

издаваемыя
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1912 г. Вып. I/II (XI/XII).

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго и
Г. С. Фельдштейна.

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ:

В. М. Гордона, Харьковъ; А. И. Елистратова, Москва; Ѳ. Ѳ. Кокошкина, Москва; Л. I. Петражицкаго, С.-Петербургъ;
I. А. Покровскаго, С.-Петербургъ; Ѳ. В. Тарановскаго, Юрьевъ; М. И. Туганъ-Барановскаго, С.-Петербургъ;
Бар. А. Л. Фрейтага Лоринговена, Юрьевъ.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1912.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея *В. Щегловъ.*

Типографія Губернскаго Правленія



ОГЛАВЛЕНІЕ.

Вопросъ о „забронированныхъ“ кредитахъ съ правовой точки зрѣнія.

(Къ пересмотру въ Государственной Думѣ бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 г.) [1]).

Л. Яснопольскаго.

Однимъ изъ наиболѣе серіозныхъ ограниченій бюджетной компетенціи Гос. Думы является статья 9 бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 года. Она преграждаетъ Думѣ путь къ сокращенію расходовъ, признаваемыхъ ею ненужными, но закрѣпленныхъ дѣйствующими законами или изданными въ порядкѣ верховнаго управленія Выс. повелѣніями [2]).

Какъ извѣстно, огромное количество кредитовъ, исторически наслоившихся въ теченіе болѣе, чѣмъ столѣтія, въ нашемъ расходномъ бюджетѣ, покоится или на актахъ законодательнаго характера эпохи прежняго режима, или же на Высочайшихъ повелѣніяхъ, изданныхъ до созыва первой Думы, отчасти же издаваемыхъ даже въ настоящее время. Ни одинъ изъ этихъ расходовъ не можетъ быть тронутъ Думою иначе, какъ въ сложномъ законодательномъ порядкѣ, не можетъ быть исключенъ или сокращенъ иначе, какъ при согласіи всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій. Иначе говоря, расходы эти могутъ продолжать свое существованіе, и

[1]) Докладъ, читанный въ С.-Петербургскомъ юридическомъ обществѣ 28 января 1911 г. съ нѣкоторыми позднѣйшими измѣненіями и дополненіями.

[2]) Ст. 9. При обсужденіи проекта государственной росписи, не могутъ быть исключаемы или измѣняемы такіе доходы и расходы, которые внесены въ проектъ росписи на основаніи дѣйствующихъ законовъ, положеній, штатовъ, росписаній, а также Высочайшихъ повелѣній, въ порядкѣ верховнаго управленія послѣдовавшихъ.

кредиты на нихъ продолжаютъ отпускаться даже противъ воли одной, а иногда, быть можетъ, даже обѣихъ палатъ. Между тѣмъ основной принципъ нашего новаго строя гласитъ, что ни одинъ законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Гос. Думы и Гос. Совѣта. Это несомнѣнное противорѣчіе могло-бы имѣть частичное оправданіе, если-бы дѣло шло о кредитахъ на содержаніе существующихъ государственныхъ учрежденій, ломать которыя въ бюджетномъ порядкѣ было-бы, конечно, неправильно. Но и здѣсь фактически дѣло не столь невинно: наши учрежденія содержатъ въ своемъ составѣ столь много излишнихъ или фактически незамѣщенныхъ должностей, что въ исторіи нашего бюджета, чуть ли не всякій разъ въ трудное моменты государственной жизни, издавались Высочайшія повелѣнія: «Пересмотрѣть расходы, не стѣсняясь существующими штатами, учрежденіями и порядками». Такъ было въ 1850 г. послѣ Крымской войны, въ началѣ 80-хъ годовъ, когда Н. Х. Бунге энергично сталъ сокращать расходы, послѣ голода 1891 г. при Вышнеградскомъ, послѣ Китайской войны 1900 г. Можно было бы еще умножить эти примѣры. Позволю себѣ только сослаться на одинъ всеподданнѣйшій министра финансовъ докладъ С. А. Грейга въ 1878 г. Въ концѣ 1878 г. послѣ войны учреждена была особая Высшая Комиссія для сокращенія расходовъ подъ предсѣдательствомъ Предсѣдателя Департамента Экономіи Абазы. На всеподданнѣйшемъ докладѣ объ учрежденіи этой комиссіи Грейгъ пишетъ (29 дек. 1878 г.): «Комиссіи предоставляется подвергнуть пересмотру смѣты Министерствъ и отдѣльныхъ Управленій не стѣсняясь существующими штатами, постановленіями и порядками... Въ отношеніи расходовъ существующихъ... Министръ Финансовъ совершенно безсиленъ..., такъ какъ большинство расходовъ основано на штатахъ и постановленіяхъ, до коихъ Министерство Финансовъ не можетъ касаться. Въ такомъ же положеніи къ смѣтамъ поставленъ и Государственный Контроль. Даже Департаментъ Государственной Экономіи находится въ этомъ отношеніи въ положеніи не болѣе выгодномъ. Останавливаясь передъ штатными и другими

имъ подобными постоянными расходами, Департаментъ можетъ производить сокращенія или повѣркою исчисленій на расходы хозяйственные или уменьшеніемъ расходовъ временныхъ и единовременныхъ, штатами и постановленіями не опредѣленныхъ, но въ числѣ этихъ послѣднихъ—обнимающихъ впрочемъ по суммѣ незначительную, говоря сравнительно, долю государственнаго бюджета—заключаются расходы на разныя улучшенія и усовершенствованія, такъ что Департаментъ, для достиженія равновѣсія въ росписи, вынужденъ обращать свое вниманіе на сокращеніе расходовъ полезныхъ и оставлять въ росписи расходы, польза которыхъ для него сомнительна. Съ теченіемъ времени возникаютъ новыя потребности... Рядомъ съ симъ многія изъ потребностей прежняго времени теряютъ значеніе при постоянномъ теченіи государственной и народной жизни; онѣ остаются, однако-жъ, по прежнему бременемъ на государственной казнѣ или потому, что съ удержаніемъ ихъ въ смѣтахъ связаны личные интересы, или потому, что принятіе иниціативы въ подобнаго рода сокращеніяхъ не представляетъ отдѣльнымъ начальникамъ, занятымъ текущими дѣлами и улучшеніями во ввѣренныхъ имъ частяхъ, особенно заманчивыхъ побужденій. Такимъ образомъ кредиты изъ этихъ расходовъ продолжаютъ существовать среди новыхъ учрежденій обветшалыми памятниками прежнихъ порядковъ или не вполнѣ удавшихся, но (?) цѣнныхъ нововведеній. Вообще нельзя не сознаться, что наше государственное управленіе и наше государственное хозяйство оказываются одними изъ самыхъ дорогихъ въ свѣтѣ». Но дѣло не только въ государственныхъ учрежденіяхъ и штатахъ чиновниковъ. Въ нашемъ бюджетѣ могутъ имѣть мѣсто закрѣпленные прежними Высочайшими повелѣніями расходы на содержаніе комиссій, фактически давно несуществующихъ, лицъ—давно умершихъ, расходы не подлежащіе оглашенію—неизвѣстно на какія именно надобности, притомъ, въ цифрѣ свыше 8 мил. руб. въ годъ, тогда какъ наибольшая цифра такихъ расходовъ на Западѣ въ Германіи и Пруссіи не превышаетъ 1—2 мил. марокъ. Существуютъ у насъ

десятки учрежденій съ 3-хъ милліоннымъ бюджетомъ, учрежденій, юридически не существующихъ, нигдѣ въ законѣ не упомянутыхъ—это охранныя отдѣленія, созданныя при Плеве въ 1901 или 1902 г.г. и содержимыя въ счетъ кредита въ 3 мил. руб. по § 4 ст. 1 смѣты М. В. Д. Можно привести изъ этой области курьезы вродѣ напр. двухъ Высочайшихъ повелѣній, испрошенныхъ въ 1856 г., согласно которымъ ровно 50 лѣтъ, вплоть до 1906 г., фигурировали въ смѣтѣ Департамента Государственнаго Казначейства ежегодныя пособія двумъ дѣвицамъ впредь до выхода ихъ замужъ. Эта пестрая картина вызывала отрицательное отношеніе къ себѣ не только со стороны оппозиціи, но и со стороны весьма опытныхъ въ дѣлахъ государственныхъ и финансовыхъ, вполнѣ консервативно настроенныхъ дѣятелей прежняго режима. Такъ нынѣшній предсѣдатель финансовой комиссіи Государственнаго Совѣта В. П. Череванскій въ своемъ проектѣ бюджетныхъ правилъ, выработанномъ имъ въ 1905 г. для совѣщательной Думы, предлагалъ, относительно нынѣ закрѣпленныхъ кредитовъ, порядокъ, при которомъ такіе кредиты должны бы быть вновь оправданы особыми законодательными представленіями министровъ. Если бы они въ годичный срокъ не представили такихъ мотивированныхъ оправданій, или ихъ представленія были бы отвергнуты, хотя бы одною изъ законодательныхъ инстанцій—кредиты подлежали бы закрытію [1]). Цифровыя соотношенія различ-

[1]) См. въ матеріалахъ Особаго Совѣщанія (1905—1906 г.г.) подъ предсѣдательствомъ Гр. Сольскаго «Проектъ правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія финансовыхъ смѣтъ Министерствъ и Главныхъ Управленій и государственной росписи доходовъ и расходовъ» (составленъ членомъ Государственнаго Совѣта дѣйствительнымъ тайнымъ совѣтникомъ В. П. Череванскимъ): Ст. 21. «Отъ бюджетной комиссіи зависитъ войти въ обсужденіе кредитовъ, испрошеніе коихъ основано на штатахъ и разрѣшеніяхъ, послѣдовавшихъ до учрежденія Государственной Думы, но съ соблюденіемъ слѣдующаго порядка:

а) при согласіи Министровъ и Главноуправляющихъ съ предположеніями бюджетной комиссіи о сокращеніи или совершенномъ закрытіи кредитовъ, таковые сокращаются и вовсе закрываются въ мѣрѣ предположеній комиссіи;

б) при несогласіи Министровъ и Главноуправляющихъ на таковые сокращеніе или закрытіе кредитовъ, они оставляются въ росписи условно, но Министры и Главноуправляющіе обязаны представить вопросъ о сихъ кредитахъ на разрѣшеніе законодательнымъ порядкомъ. Если законодательнаго разрѣшенія не послѣдуетъ или оно не будетъ испрошено въ теченіе смѣтнаго года, то, условно допущенные, кредиты закрываются».

ныхъ юридическихъ категорій кредитовъ въ нашемъ бюджетѣ (проектъ росписи на 1911 годъ, таковы: суммы кредитовъ: a) вовсе изъятыхъ отъ обсужденія Думы (кредиты по Имп. Двору, Канцеляріямъ Его Величества и 10 мил. фондъ на непредвидѣнные росписью расходы) 27,6 мил. руб.; b) изъятыхъ изъ сокращенія вообще (платежи по Госуд. долгамъ) 406,3 мил. руб.; c) изъятыхъ отъ сокращенія иначе, какъ съ согласія всѣхъ трехъ инстанцій въ законодательномъ порядкѣ (именно интересующіе насъ теперь кредиты, забронированные ст. 9-ю) 569,5 мил. руб.; наконецъ, d) кредиты формально подлежащіе свободному обсужденію Думы, но при несогласіи Государственнаго Совѣта закрѣпляемые въ цифрѣ предыдущей росписи—1.689,8 мил. руб.

Допуская, что лишь 30—40 мил. руб. ежегодныхъ расходовъ изъ рубрики c) могли бы быть сокращены, мы получаемъ капитализируя изъ 4%, сумму въ 750 м.—1 миллiардъ рублей. Бросьте эту сумму на производительныя капитальныя затраты въ наше отсталое народное хозяйство и вы оцѣните тогда, какое значеніе имѣетъ въ нашихъ бюджетныхъ правилахъ разбираемая нами статья!

Но оставимъ экономическую сторону дѣла и остановимся лишь на юридическомъ смыслѣ ст. 9 правилъ 8 марта. Экономическія блага—вещь важная, но выше ихъ—право, право представительныхъ учрежденій осуществлять въ наибольшей полнотѣ ту долю верховной законодательной власти, которая вытекаетъ изъ самой природы народнаго представительства. Газета «Россія» однажды характеризовала политическое значеніе ст. 9—какъ своего рода военное положеніе въ области бюджета. Если такого рода мотивы и опасенія могли быть понятны въ устахъ защитниковъ прежняго строя, въ ту эпоху, когда уступавшій свое мѣсто абсолютный режимъ и нарождавшійся конституціонный стояли другъ противъ друга, какъ два явно вражескихъ вооруженныхъ лагеря, то и теперь, помимо всякихъ подобныхъ соображеній, уважающее себя представительное учрежденіе, казалось бы, не могло не протестовать противъ столь одіознаго ограниченія его бюджетныхъ правъ.

Между тѣмъ мы видимъ иное. Большинство бюджетной комиссіи, а вслѣдъ за нимъ и большинство Думы, вотировало сохраненіе въ законѣ ст. 9 бюджетныхъ правилъ, опирая это самоограниченіе своей бюджетной компетенціи на нѣкоторыхъ теоретическихъ соображеніяхъ. Мы должны вкратцѣ напомнить ихъ. Точку зрѣнія большинства бюджетной комиссіи съ наибольшею убѣжденностью выразилъ Р. Я. Эргардтъ, докладчикъ ея по данному вопросу. Онъ опираетъ свое разсужденіе на текстѣ ст. 94 осн. зак., гласящей: «Законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе какъ только силою закона. Посему, доколѣ новымъ закономъ положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ сохраняетъ полную свою силу». Не подлежитъ, по глубокому убѣжденію моему, говорилъ г. Эргардтъ въ засѣданіи бюджетной комиссіи 13 окт. 1909 года—никакому сомнѣнію, что такія ассигновки, которыя основываются на законѣ, въ смѣтномъ порядкѣ отмѣняться не могутъ. Если бы у насъ не было ст. 9, то ст. 94 осн. зак. совершенно опредѣленно намъ предписываетъ не отказывать въ назначеніи въ смѣтахъ такихъ расходныхъ статей. Я полагаю, продолжалъ онъ, что ст. 9 могла бы быть отмѣнена, потому что она, какъ мнѣ представляется, совершенно лишняя, такъ какъ существуетъ ст. 94 осн. зак., которой совершенно достаточно; она намъ даетъ твердую почву, которая для насъ необходима въ этомъ дѣлѣ. Ту же точку зрѣнія развивалъ и министръ финансовъ, еще ранѣе въ засѣданіи 15 января 1908 г., когда впервые обсуждался въ общемъ собраніи Думы вопросъ о передачѣ проекта измѣненія правилъ 8 марта въ комиссію: онъ называлъ ст. 9 бюджетныхъ правилъ лишь оборотной стороною ст. 94 осн. зак.

Эта, ясная на первый взглядъ, точка зрѣнія, прежде всего наталкивается на замѣчаніе, повидимому упускаемое изъ вида защитниками ея, но указанное министру финансовъ въ свое время депутатомъ бар. Мейендорфомъ въ его рѣчи 17 января 1908 г. [1]). Въ самомъ

---

[1]) Гос. Дума. III созывъ, сессія I, 1907—8, ч. I, стр. 1313: «По ст. 94 ни одинъ законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою за-

дѣлѣ, ст. 9 говоритъ не только о законахъ, но и о Высочайшихъ повелѣніяхъ въ порядкѣ верховнаго управленія воспослѣдовавшихъ. Если кредитъ, установленный Высочайшимъ повелѣніемъ имѣетъ силу закона, то онъ можетъ быть отмѣненъ лишь въ законодательномъ порядкѣ. Для прежнихъ временъ и прежнихъ Высочайшихъ повелѣній это можетъ не казаться страннымъ, ибо Высочайшее повелѣніе было закономъ, Высочайшее повелѣніе могло и отмѣнить законъ. Текстъ ст. 9 не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что огромное количество кредитовъ нашего расходнаго бюджета, опирающееся на Высочайшія повелѣнія до-думскаго періода, нынѣ не можетъ быть исключено иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ. Но Высочайшія повелѣнія, издаваемыя въ порядкѣ Верховнаго управленія въ настоящее время и устанавливающія новые расходы? Таковы, напр., назначенія личныхъ окладовъ высшимъ чинамъ по ст. 548 уст. о сл. гражд. Если ст 9 бюджетныхъ правилъ 8 марта есть лишь «оборотная сторона» ст. 94 осн. зак., то не вытекаетъ ли изъ этого, что только что упомянутые кредиты не могутъ быть отмѣнены новымъ Высочайшимъ повелѣніемъ, а требуютъ отмѣны только въ законодательномъ порядкѣ? Логика требуетъ положительнаго отвѣта на этотъ вопросъ. Этотъ недосмотръ защитниковъ разбираемаго нами толкованія не можетъ быть, конечно, исправленъ и указаніемъ на ст. 11 осн. зак. Разъ Государь можетъ издавать въ соотвѣтствіи съ законами повелѣнія, естественно, онъ можетъ и отмѣнять ихъ; разъ съ ними связаны новые кредиты, было бы естественно, чтобы они могли и быть отмѣнены въ томъ порядкѣ, въ какомъ изданы. Но если признавать за ст. 9 бюджетныхъ правилъ значеніе лишь оборотной стороны статьи 94

кона, а по ст. 86 никакой законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственной Думы и Государственнаго Совѣта. Если признать, что ст. 9 смѣтныхъ правилъ есть оборотная сторона ст. 94 осн. зак., то мы пришли бы къ заключенію, что актомъ, перечисленнымъ въ ст. 9 смѣтныхъ правилъ, примѣняются правила объ отмѣнѣ закона, и мы пришли бы къ выводу, едва ли раздѣляемому г. Министромъ Финансовъ, что Его Императорское Величество не въ правѣ—Самъ собственной властью отмѣнить Свои Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ Верховной Власти изданныя, ибо только отмѣна въ порядкѣ закона была бы законна».

осн. зак.—логическій выводъ можетъ быть лишь одинъ: Государь имѣетъ право назначать личные оклады высшимъ чинамъ, но, разъ занесенный въ роспись, кредитъ такого рода не можетъ быть исключенъ изъ нея иначе, какъ въ порядкѣ законодательномъ.

Таково разсужденіе бар. Мейендорфа, и оно, конечно, совершенно вѣрно. Ст. 94 осн. зак. не покрываетъ собою ст 9 бюджетныхъ правилъ, ибо содержаніе ея несомнѣнно уже, чѣмъ содержаніе этой послѣдней, обнимая лишь законы, но не распространяясь на Высочайшія повелѣнія [1]). Такимъ образомъ аргументація бар. Мейендорфа вскрываетъ неожиданное для его аппонентовъ противорѣчіе, implicite заключенное въ ихъ разсужденіи. Дальнѣйшій ходъ мысли бар. Мейендорфа сводится къ тому, что бюджетъ по существу есть актъ управленія, а не законодательства, что поэтому кредиты опирающіеся на законы не могутъ быть имъ отмѣнены [2]).

Что касается отмѣны или измѣненія кредитовъ, основанныхъ на законахъ, то, согласно ст. 10 бюджетныхъ правилъ, для этого необходимы отмѣна или измѣненіе соотвѣтственныхъ законовъ. Дума и Совѣтъ

---

[1]) Въ другомъ отношеніи содержаніе ст. 94 шире, ибо распространяется, очевидно, на законодательные акты общаго, а не только бюджетнаго характера.

[2]) «Расходъ бюджета основанъ на законѣ; если въ законахъ указаны суммы, то законъ примѣняется своею собственной силой, а утвержденіе его бюджетнымъ закономъ формальнымъ было бы только повтореніемъ. Слѣдовательно, бюджетный законъ по своему содержанію никогда закономъ быть не можетъ. Другое дѣло: дѣйствительно, во многихъ конституціяхъ, и у насъ, съ формальной стороны, государственная роспись является закономъ, т. е. это распоряженіе, этотъ планъ хозяйства создается съ соблюденіемъ тѣхъ же формальностей, которыя установлены для изданія законовъ. Это значитъ, что этотъ планъ хозяйства утверждается порядкомъ той же процедуры, которымъ устанавливаются законы. Но роспись не есть законъ». (Стеногр. отч., ibid. стр. 1311). Здѣсь въ свою очередь разсужденіе бар. Мейендорфа оставляетъ пробѣлъ. А кредиты, опирающіеся на Высочайшія повелѣнія, т. е. также на акты верховнаго управленія? Въ духѣ разбираемаго разсужденія, вѣроятно, надо было бы сказать, что порядку верховнаго управленія подлежитъ рядъ актовъ, обозначенныхъ въ Основныхъ Законовъ положительно и исчерпывающе. Эта область является исключеніемъ изъ общаго порядка управленія, слѣдовательно и кредиты, устанавливаемые въ силу этихъ прерогативъ короны, могутъ ею же и только ею и отмѣняться. Если бы Дума или Государственный Совѣтъ пожелали отмѣнить Высочайшее повелѣніе и основанный на немъ кредитъ, они должны были бы идти въ этомъ дѣлѣ путемъ, указаннымъ для измѣненія законовъ.

должны идти здѣсь въ порядкѣ общей законодательной инициативы и процедуры, притомъ отдѣльно отъ бюджета, такъ что по смыслу ст. 9 бюджетныхъ правилъ («при обсужденіи проекта государственной росписи») постановленія о такихъ измѣненіяхъ не могутъ быть вносимы въ текстъ бюджетнаго закона.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ограниченія, наложенныя здѣсь на компетенцію палатъ, a fortiori распространяются и на министерство. Неоднократно имѣвшія мѣсто нарушенія имъ этого правила можно разсматривать только, какъ злоупотребленія [1]), и само министерство, сколько намъ извѣстно, ни разу не рѣшалось открыто возводить въ принципъ возможность такого порядка. Основываются ли кредиты на законѣ или на Высочайшихъ повелѣніяхъ (нынѣшняго времени)—они не могутъ быть отмѣнены волею одного министра или Совѣта Министровъ, а только волею всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій въ первомъ случаѣ и волею Императора во-второмъ.

Таковъ, на нашъ взглядъ, не допускающій сомнѣній смыслъ статей 9 и 10 бюджетныхъ правилъ. Но возникаетъ вопросъ: всѣ эти ограниченія бюджетной компетенціи Государственной Думы и Государственнаго Совѣта опираются исключительно на силу статьи 9-й и дополняющей ее первой половины ст. 10-й или же онѣ сохранялись бы и въ томъ случаѣ, если бы этихъ статей въ нашемъ законодательствѣ и не существовало?

Нашъ тезисъ, къ доказательству котораго должно служить все послѣдующее изложеніе, сводится къ тому, что эти ограниченія создаются исключительно указанными статьями бюджетныхъ правилъ и съ отмѣною ихъ пали бы. Наоборотъ, только что цитированное мнѣніе бар. Мейендорфа, также какъ и мнѣніе г. Эргардта, исходя изъ не вполнѣ однородныхъ позицій, сходятся въ томъ, что и съ отмѣною ст. 9 бюджетныхъ правилъ ограниченія палатъ въ измѣненіи кредитовъ, основанныхъ на законахъ (вопросъ объ отмѣнѣ Высочайшихъ

---

[1]) Врядъ ли можетъ быть поддерживаемо противоположное мнѣніе Н. Н. Кутлера, высказанное имъ во время дебатовъ въ Думѣ по поводу отмѣны ст. 9 бюджетныхъ правилъ.

повелѣній бюджетнаго характера долженъ здѣсь стоять особо) сохраняли бы свою силу. Съ ихъ точки зрѣнія, совершенно послѣдовательнымъ является мнѣніе, что ст. 9—въ сущности излишняя и сохраненіе ея желательно лишь для устраненія возникающихъ по поводу ея «недоразумѣній». Разбираемое толкованіе исходитъ— и не можетъ не исходить—изъ утвержденія, что бюджетъ не есть такой же законъ, какъ законы, упоминаемые въ ст. 94. Иначе, естественно, указаніе на эту статью не могло бы служить возраженіемъ; иначе бюджетнымъ закономъ, очевидно, могъ бы быть измѣненъ какой угодно кредитъ, основанный на ранѣе изданномъ законѣ. Мелкія, техническія по существу детали, отличающія «законодательный» порядокъ отъ «смѣтнаго», врядъ ли могли бы служить здѣсь отводомъ, и не изъ за нихъ идетъ борьба вокругъ ст. 9 бюджетныхъ правилъ. Разъ проектъ бюджета есть такой же законопроектъ, какъ всякій иной, то въ немъ, какъ и во всякомъ законопроектѣ палатами могутъ быть сдѣланы какія угодно измѣненія, исключенія и добавленія. Иными словами каждый кредитъ, входящій въ него, можетъ быть оставленъ въ немъ, только при согласіи всѣхъ трехъ инстанцій: Думы, Совѣта и Государя; причемъ, надо замѣтить, верховная власть стѣснена въ дѣлѣ отклоненія неугодныхъ ей кредитовъ, ибо можетъ противодѣйствовать имъ лишь путемъ отказа отъ санкціи всего бюджета въ цѣломъ [1]). При несогласіи одной изъ трехъ законодательныхъ инстанцій на оставленіе какого бы то ни было кредита онъ не могъ бы быть навязанъ ей волею даже обѣихъ другихъ, ибо по основному конституціонному принципу, выраженному и въ нашихъ основныхъ законахъ: «Никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора» (ст 86).

Очевидно, чтобы можно было поддерживать разсматриваемое нами теперь толкованіе, необходимо призна-

---

[1]) То же относится конечно и къ отклоненію верховною властью законовъ небюджетнаго характера.

вать, что бюджетъ не есть такой же законъ, какъ другіе законы. Что въ формальномъ смыслѣ онъ есть законъ — этого никто не отрицаетъ. Но выдвигается утвержденіе, что по самому своему *существу*, по своему юридическому *содержанію* бюджетъ не есть законъ, именно, что онъ есть актъ управленія, лишь облеченный въ законодательную форму. А такъ какъ управленіе должно быть подзаконно, не должно противорѣчить существующимъ законамъ или нарушать ихъ, то необходимый логическій выводъ: бюджетный актъ юридически безсиленъ отмѣнять доходы или расходы, покоящіеся на дѣйствующихъ законахъ [1]). Такова логическая основа аргументаціи защитниковъ ст. 9 бюджетныхъ правилъ. Вокругъ этой статьи накопилась у насъ уже цѣлая полемическая и апологетическая литература. Но этого мало, ибо тѣ теоретическіе доводы, которые приводятся въ защиту ея, покоятся на весьма сложныхъ юридическихъ основахъ, развитыхъ и вызывавшихъ въ теченіе цѣлыхъ десятилѣтій страстную полемику въ германской литературѣ. На Западѣ споръ теперь затихъ. Практическіе политическіе мотивы, придававшіе ему особую жгучесть, теперь въ значительной мѣрѣ утратили эту остроту. Но эти же мотивы нынѣ неизбѣжно создаютъ почву для спора у насъ и заставляютъ пересматривать то, о чемъ диспутировали въ Пруссіи съ первыхъ лѣтъ конституціоннаго режима и со временъ бюджетнаго конфликта 1862—1866 г.г., въ политической обстановкѣ, которая въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ поразительно сходна съ нашей теперешней. Съ другой стороны споръ оставилъ свой серіозный слѣдъ въ теоріи государственной науки, углубивши изученіе болѣе общихъ вопросовъ о законѣ и о юридической природѣ бюджета. Подкрѣпленіемъ устанавливаемому выше тезису является ученіе, завоевавшее себѣ господство въ германской наукѣ, развитое и поддержанное такими корифеями германскаго государствовѣдѣнія какъ Р. Гнейстъ, П. Лабандъ и Г. Іеллинекъ. И если мы

---

[1]) Для простоты не будемъ говорить о доходахъ, ибо насъ интересуетъ теперь лишь вопросъ о расходныхъ кредитахъ.

задаемся цѣлью выяснить юридическія основы только что приведенной аргументаціи, мы должны будемъ отъ русскихъ ея приверженцевъ перейти къ этому теоретическому первоисточнику.

Боевую роль въ исторіи вопроса сыграла статья Лабанда появившаяся въ 1871 г. [1]).

Ея основныя положенія остались неизмѣнны и лишь развились и утончились въ его Staatsrecht des Deutschen Reichs; нѣкоторыя детали, повидимому, онъ и самъ отбросилъ. На этихъ основныхъ тезисахъ мы и остановимся,—они какъ разъ соотвѣтствуютъ лишь въ болѣе углубленной формѣ тому силлогизму, который скрытъ въ приведенныхъ выше разсужденіяхъ нашихъ защитниковъ ст. 9.

Тезисы теоріи, формулированной Лабандомъ, какъ извѣстно, заключаются въ слѣдующемъ: «не всякое волеизъявленіе государства есть законъ, а лишь содержащее въ себѣ правовое положеніе (Rechtssatz), норму для урегулированія или опредѣленія правовыхъ отношеній» (Op. cit., стр. 3). «Существенный критерій закона состоитъ, такимъ образомъ, въ его содержаніи, является критеріемъ матеріальнымъ. Бюджетъ, какъ таковой, не содержитъ въ себѣ никакихъ правовыхъ нормъ. Бюджетъ есть разсчетъ (Rechnung) доходовъ и расходовъ, притомъ не дѣйствительно имѣвшихъ мѣсто, а лишь ожидаемыхъ въ будущемъ. Всякій разсчетъ, однако, содержитъ въ себѣ не нормы, менѣе всего правовыя нормы, но факты... Какъ общее правило, бюджетъ не обосновываетъ никакихъ юридическихъ обязанностей по отношенію къ доходамъ или расходамъ, онъ уже предполагаетъ ихъ наличность и лишь сводитъ вмѣстѣ ихъ финансовые результаты... Необходимость бюджета есть слѣдствіе не опредѣленной формы государственнаго строя, а обширнаго объема, какого достигло государственное хозяйство; и установленіе бюджета удо-

[1]) P. Laband. «Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde. (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechspflege in Preussen 1871 г. Отдѣльное изданіе—Берлинъ 1871 г.).

влетворяетъ потребности не права, а хозяйства (ibid. 13). «Ни установленіе бюджета для будущаго времени, ни контроль за прошедшій періодъ времени не имѣютъ ничего общаго съ законодательною дѣятельностью, а принадлежатъ исключительно къ функціямъ управленія, и право, принадлежащее въ обоихъ случаяхъ народному представительству, характеризуется не какъ участіе въ такъ называемой законодательной власти, а какъ участіе въ такъ называемой исполнительной власти... государственное управленіе ставится здѣсь подъ постоянный контроль народнаго представительства» (ibid. 13). Лабандъ привѣтственно цитируетъ (ibid. 14) рѣчь одного изъ депутатовъ сѣверо-германскаго рейхстага 1867 г.: «я считаю актъ установленія бюджета не за актъ законодательства, а за актъ управленія, и участіе народнаго представительства въ установленіи бюджета—за актъ самоуправленія, за актъ рѣшающаго участія въ самой высшей области государственнаго управленія». «Изъ принципа, что установленіе бюджета есть актъ управленія, совершаемый въ формахъ законодательства, вытекаютъ широкія государственно-правовыя слѣдствія» (ibid. 19). «Долженъ быть установленъ верховный принципъ, какъ аксіома, не подлежащая дальнѣйшимъ доказательствамъ, что государственное управленіе должно вестись сообразно съ законами. Если приложить это къ тезису, что установленіе бюджета есть актъ управленія, получается юридическое положеніе: установленіе бюджета должно происходить сообразно существующему праву, имъ народное представительство столь же связано какъ и правительство. Поскольку дѣйствуютъ законы, опредѣляющіе прямо или косвенно какіе-либо доходы или расходы, при установленіи бюджета свободному рѣшенію поставлены границы, соблюденіе которыхъ, какъ для правительства, такъ и для ландтага является государственно-правовымъ долгомъ» (ibid. 19—20).

Таковы основныя положенія теоріи Лабанда. Основной интересующій насъ вопросъ: является ли государственный бюджетъ закономъ по своему содержанію, или-же актомъ управленія? Что бюджетъ въ современномъ правовомъ государствѣ является закономъ по

формѣ, это не возбуждаетъ спора. Вопросъ, только что поставленный, слѣдовательно, можетъ получить отвѣтъ лишь при рѣшенiи болѣе общаго вопроса: возможно ли вообще разграниченiе законовъ отъ актовъ управленiя по ихъ содержанiю? Научная классификацiя государственныхъ функцiй логически невозможна безъ образованiя общихъ понятiй, получаемыхъ путемъ абстракцiй изъ разсмотрѣнiя отдѣльныхъ проявленiй дѣятельности государственныхъ органовъ. Такая абстракцiя даетъ въ результатѣ общiя понятiя актовъ и функцiй законодательнаго характера, судебнаго, административнаго. Эти понятiя не находятся въ неразрывной связи съ классификацiей тѣхъ государственныхъ органовъ, которымъ въ исторiи развитiя государства присваиваются соотвѣтственныя наименованiя. Исторически разграниченiе государственныхъ функцiй между ними измѣнчиво. Наиболѣе обособлена, казалось бы, судебная функцiя. Но если мы вспомнимъ о новѣйшихъ теченiяхъ, сближающихъ судью съ законодателемъ, если вспомнимъ о той роли, какую играли судебныя рѣшенiя въ выработкѣ англiйскаго common law, то должны будемъ отказаться отъ намѣренiя признать неразрывность связи, или покрайней мѣрѣ паралелизмъ между соотвѣтственными органами государственной дѣятельности и его функцiей. Любопытнѣйшiй процессъ, развертывающiйся на нашихъ глазахъ въ странахъ развитого парламентаризма, сводится къ тому, что стирается прежде столь рѣзкая грань между компетенцiей представительныхъ учрежденiй и правительственной власти и рядъ функцiй по существу законодательныхъ, или ранѣе признававшихся таковыми, предоставляется этой послѣдней [1]). Мы были бы совершенно безсильны квалифицировать всѣ эти серiозные и глубокiе процессы въ развитiи современнаго государства, если бы строили наши понятiя о его функцiяхъ не по содержанiю проявленiя государственной дѣятельности, а по тѣмъ орга-

---

[1]) Это отраженiе въ области понятiя о «законѣ» процесса перехода современнаго конституцiоннаго государства отъ состоянiя, такъ сказать, «вооруженнаго мира» между представительными учрежденiями и исполнительной властью къ состоянiю «общественной солидарности» интересно анализируется въ книгѣ Maxime Leroy. La loi. Paris 1908.

намъ, которымъ они принадлежатъ Особенно измѣнчиво и неопредѣленно соотношеніе между функціями законодательныхъ и административныхъ органовъ. Если бы мы, абстрагируя общія черты присвоенныхъ тѣмъ или другимъ изъ нихъ функціямъ, пытались установить критерій для различенія—врядъ ли мы могли бы пойти дальше чисто субъективнаго и исторически измѣнчиваго принципа: болѣе «важныя» дѣла подлежатъ органамъ законодательной власти, менѣе важные—административной. G. Cahen въ своей книгѣ La loi et le règlement приводитъ такіе примѣры: по французскому праву муниципальные совѣты заключаютъ займы, покрываемые изъ обыкновенныхъ рессурсовъ и срокомъ не далѣе 30 лѣтъ, своею властью. Сверхъ 30 лѣтъ требуется утвержденіе префекта. Заемъ съ погашеніемъ въ срокъ свыше 30 лѣтъ изъ чрезвычайныхъ рессурсовъ разрѣшается декретомъ президента республики. Заемъ свыше 1 мил. фр.—въ законодательномъ порядкѣ. Авторизація женскихъ монастырей происходила до послѣдняго времени въ законодательномъ порядкѣ; мужскихъ—до закона 1901 г.—декретомъ президента.

Если бы мы стали искать объективнаго критерія для разграниченія разбираемыхъ понятій, то опять таки врядъ ли пошли бы дальше распространившагося, но далеко не опредѣленнаго положенія, что законодательство имѣетъ дѣло *главнымъ образомъ* съ установленіемъ болѣе или менѣе общихъ правовыхъ нормъ, управленіе – главнымъ образомъ съ ихъ примѣненіемъ къ конкретнымъ случаямъ и съ разнообразной распорядительной дѣятельностью въ сферѣ удовлетворенія государственныхъ потребностей, которая можетъ явиться дѣятельностью не только infra legem, но и praeter legem, а въ извѣстныхъ случаяхъ государственной необходимости, какъ исключеніе, даже и contra legem. Но полученное такимъ эмпирическимъ путемъ обобщеніе не можетъ претендовать ни на какое другое значеніе кромѣ чисто описательнаго—лишь изображенія существующихъ фактовъ. Изъ него нельзя было бы сдѣлать никакихъ императивныхъ выводовъ въ правовой области. Инымъ путемъ возникаетъ понятіе «закона» въ матеріальномъ

смыслѣ, какъ нормы, регулирующей правовыя отношенія. Исходя изъ того же эмпирическаго обобщенія, теоретическая мысль возводитъ его въ принципъ. Исходя изъ общихъ понятій о государствѣ и его функціяхъ, она создаетъ здѣсь императивное понятіе: правовыя отношенія въ государствѣ должны регулироваться нормами, обладающими силою закона: никакіе другіе акты государственныхъ органовъ не должны нарушать ихъ и вступать съ ними въ противорѣчіе, доколѣ онѣ не отмѣнены въ томъ же строгомъ порядкѣ, въ коемъ изданы. Наоборотъ, акты, не имѣющіе характера такихъ нормъ, должны играть по отношенію къ нимъ подчиненную роль. Никакого иного пониманія въ терминѣ закона и акта управленія въ матеріальномъ смыслѣ, на нашъ взглядъ вложить нельзя. Если такъ, то какіе изъ этого могутъ быть сдѣланы выводы. Имѣютъ ли, или должны ли имѣть акты, которымъ присущъ характеръ «нормъ регулирующихъ правовыя отношенія», силу закона, которому ничто не должно противорѣчить, въ какомъ порядкѣ они не были бы изданы? Этого, конечно, авторы теоріи не могутъ утверждать. Они дѣлаютъ только отрицательный выводъ: акты, не имѣющіе характера такихъ нормъ, въ какомъ бы порядкѣ они ни были изданы, юридически не могутъ и не должны становиться въ противорѣчіе съ актами, имѣющими таковой характеръ. Этому выводу придается не только политическое истолкованіе: не только говорится *не должны*, но и опредѣленное *юридическое*: нарушающіе законъ акты, не имѣющіе характера закона, юридически ничтожны, хотя бы они были изданы компетентными законодательными органами.

Вотъ это проицированіе политическихъ постулатовъ въ области положительнаго права намъ представляется логически не закономѣрнымъ. Міръ юридическихъ, положительно правовыхъ требованій есть узкая, условная практическая сфера, которая по самой природѣ своей можетъ мириться съ алогичнымъ, ирраціональнымъ, но не можетъ мириться только съ однимъ—съ неопредѣленностью, шаткостью и, вслѣдствіе того, съ произвольностью. Борьба съ произволомъ—высшая задача права,

хотя бы средствомъ для этой борьбы служило то же произвольное установленіе тѣхъ или иныхъ нормъ. Есть ли однако это различіе—различіе юридическое? «Правовыя понятія—говоритъ Іеллинекъ въ методологическомъ введеніи къ его Lehre von den Staatenverbindungen, предостерегая отъ смѣшенія политической и юридической точки зрѣнія—всегда имѣютъ опредѣленныя грани (sind allemal kantig): раствореніе одного въ другомъ было бы смертью для науки, смертью для правовой жизни. Для цивилистовъ и криминалистовъ это не представляетъ новой истины: какія несказанныя опасности для жизни, семьи и собственности вытекали бы изъ утвержденія, что границы между отдѣльными правовыми актами и деликтами текучи, напримѣръ между куплей и наймомъ, между бракомъ и конкубинатомъ, между простымъ умерщвленіемъ и умышленнымъ убійствомъ. Вѣдь именно въ томъ и состоитъ сущность права, что оно разграничиваетъ другъ отъ друга текучія жизненныя отношенія посредствомъ твердо установленныхъ понятій. Гдѣ только понятія начинаютъ попадать въ гераклитовскій потокъ вещей—тамъ теряетъ свойственную ей область юриспруденція. Утверждать, что зъ государственномъ и международномъ правѣ понятія не могутъ быть устанавливаемы съ такою же опредѣленностью, какъ въ частномъ, процессуальномъ или уголовномъ правѣ, это значитъ кореннымъ образомъ отрицать за этими обѣими юридическими дисциплинами научный характеръ» [1]). Ни одна правовая система въ мірѣ не могла бы установить, какъ положительную норму, тотъ принципъ разграниченія между понятіями закона и акта управленія *по ихъ содержанію*, который отмѣченъ выше. Если бы такая попытка даже была возможна, она привела бы къ самоупраздненію. Достаточно напомнить попытки отдѣлить два понятія для періода абсолютнаго режима. «Къ несчастію—иронизируетъ Martitz—законодательные акты никогда не обнаруживаютъ, облечены ли они величіемъ матеріальнаго закона или они имѣютъ въ виду играть болѣе

---

[1]) G. Iellinek. Die Lehre von den Statenverbindungen 1882, стр. 15.

скромную роль закона лишь формальнаго. Это скорѣе является вопросомъ примѣненія правовыхъ нормъ, т. е. дѣломъ по преимуществу правительственной власти. Къ несчастью, эта послѣдняя никогда не имѣетъ готовности считаться съ мнѣніями представителей государственной правовой науки и спрашивать у нихъ, создается ли актомъ, для котораго конституціею требуется законодательный порядокъ, связывающая эту власть правовая норма, или же въ такихъ случаяхъ дѣло идетъ для нея лишь о формальностяхъ при осуществленіи акта управленія, который самъ по себѣ правомѣренъ. Она находится такимъ образомъ въ пріятномъ положеніи спокойнаго ожиданія съ развязанными руками: сможетъ ли парламентъ убѣдить ее въ государственно-правовой некорректности занятой ею позиціи [1]). Leroy приводитъ любопытный случай: резолюціей 23 іюня 1871 г. національное собраніе постановило избрать комиссію, чтобы выдѣлить между 1016 декретами правительства національной обороны тѣ, которые имѣли законодательный характеръ. Докладчикъ комиссіи Taillefer констатировалъ затрудненія, которыя скрывала въ себѣ задача: руководствоваться названіемъ акта нельзя было; все это были декреты правительства, совмѣщавшаго въ себѣ и законодательную и административную власть. Пытались прибѣгнуть къ критерію матеріальному по содержанію актовъ, но, по признанію докладчика, примѣненіе этого пути не всегда было лишено затрудненій и вызывало колебанія. Въ концѣ концовъ докладчикъ призналъ, что оказался возможенъ лишь формальный критерій и законодательными признаны были лишь акты, измѣнявшіе или отмѣнявшіе дѣйствовавшіе законы. (Leroy 109).

Такое рѣшеніе есть, конечно, отказъ отъ возможности интересующаго насъ разграниченія, отказъ со стороны учрежденія, обладавшаго компетенціей рѣшить вопросъ по своему произволу. Эта любопытная иллюстрація не есть, конечно, доказательство: комиссія на-

---

[1]) V. Martitz. Ueber deu konstittutionellen Begriff des Gesetzes. Ztschr. für die ges. Staatswissenschaft. 1880 г. s. 226.

ціональнаго собранія не была и не могла быть воспитана на ученіяхъ нѣмецкихъ юристовъ. Быть можетъ, тогда она была бы смѣлѣе. Но какъ бы хорошо она ни сдѣлала свое дѣло—выводъ могъ бы быть лишь одинъ: закономъ было бы признано то, что было бы признано таковымъ уполномоченною на то властью—критерій формальный и никакой другой критерій не въ силахъ былъ бы придать юридическому положенію силу закона. Обратно, какова бы ни была по содержанію норма, признанная органомъ подлежащей власти за законъ—она не могла бы не быть закономъ, т. е. обладала бы свойствомъ, вступая въ противорѣчіе съ другими болѣе ранними нормами, обладающими такою же юридической силой, отмѣнять ихъ или парализовать ихъ дѣйствіе. При такомъ положеніи дѣлъ, установленіе критерія для разграниченія актовъ законодательства отъ актовъ управленія по ихъ содержанію можетъ сохранять въ полной мѣрѣ свое значеніе въ системѣ абстрактныхъ понятій государственной науки, можетъ давать принципъ для научной классификаціи явленій, можетъ и должно являться руководящимъ началомъ для практики, высоко цѣниться de lege ferenda, но оно не имѣетъ юридически обязательнаго значенія de lege lata. Его роль—не въ сферѣ положительнаго права, а въ области, логически точнѣе всего опредѣляемой, какъ политика права [1]). Резюмируемъ нашъ первый тезисъ: *разграниченіе между понятіями закона и акта управленія по содержанію логически неизбѣжно. Оно необходимо и плодотворно для теоріи, но изъ него не можетъ быть сдѣлано опредѣленныхъ положительно-правовыхъ выводовъ, которые регулировали бы на практикѣ компетенцію тѣхъ или иныхъ органовъ государственной власти.*

Является ли актъ установленія государственнаго бюджета по существу своему актомъ управленія или законодательства? Съ формальной точки зрѣнія, единственно доступной положительному праву, вопросъ рѣшается и—рѣшался въ исторіи—различно. Въ консти-

---

[1]) M. Hauriou (Précis du droit administratif) подтверждаетъ ту же мысль: «La distinction de la loi et du réglement est donc d'ordre politique» (M. Leroy op. cit. стр. 110).

туціонномъ государствѣ, какъ правило—актъ установленія бюджета есть формальный законъ. Соотвѣтствуетъ ли содержаніе этого формальнаго законодательнаго акта указанному выше объективному признаку разграниченія актовъ законодательства и управленія? Каково содержаніе бюджетнаго закона: его цѣль опредѣлить на извѣстный періодъ времени денежныя средства, необходимыя для удовлетворенія потребностей государственной жизни и ассигновать эти средства на данныя потребности. Собираніе средствъ и дѣйствительное употребленіе ихъ на соотвѣтственное назначеніе—дѣло опредѣленныхъ, распорядительныхъ и исполнительныхъ государственныхъ органовъ. И эта дѣятельность законодательныхъ органовъ по опредѣленію и ассигнованію необходимыхъ средствъ, и дѣйствительное выполненіе этой задачи органами управленія является чисто хозяйственною дѣятельностью, не создающею никакихъ нормъ. Въ этомъ смыслѣ приведенная нами характеристика бюджета, даваемая Лабандомъ, вѣрна. Но исчерпываетъ ли она содержаніе бюджетнаго закона? Martitz въ цитированой статьѣ указываетъ, что Лабандъ упускаетъ изъ вида другую сторону въ содержаніи бюджетнаго акта: разрѣшеніе или полномочіе, предоставляемое имъ органамъ управленія, взимать налоги и собирать прочіе государственные доходы, или—гдѣ эта функція отдѣлена отъ бюджета—только производить расходы. Это указаніе неправильно. Лабандъ не упускаетъ изъ вида этой стороны дѣла, онъ ее категорически отрицаетъ, указывая, что подобное полномочіе дается органамъ управленія не бюджетнымъ закономъ, а общими государственными законами, опредѣляющими обязанности и компетенцію органовъ государственнаго управленія. Ergo—бюджетный законъ не создаетъ никакой правовой нормы, не имѣетъ юридическаго содержанія, и не можетъ являться поэтому закономъ въ матеріальномъ смыслѣ.

Противъ этого тезиса Лабанда обрушивается въ своей критикѣ Haenel [1]). Основное его возраженіе то,

---

[1]) A. Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. 1888.

что, помимо общаго полномочія, онъ различаетъ въ содержаніи бюджетнаго закона спеціальное полномочіе, даваемое имъ органамъ управленія по отношенію къ данному бюджетному періоду, къ даннымъ государственнымъ средствамъ и къ расходованію ихъ на данныя государственныя потребности. Это полномочіе есть подлинная норма, регулирующая правовыя отношенія; ergo—бюджетъ есть законъ по содержанію, именно подходящій подъ опредѣленіе Лабанда. Здѣсь Haenel, отрицающій правомѣрность образованія понятія закона въ матеріальномъ смыслѣ, идетъ, такъ сказать, противъ самого себя, чтобы разбить противника. Наоборотъ Iellinek [1]), стоя на точкѣ зрѣнія Лабанда и признавая бюджетъ по содержанію актомъ управленія, указываетъ на его юридическое содержаніе, опредѣляя его не какъ полномочіе, даваемое органомъ управленія, а какъ *необходимое* условіе для того, чтобы они получили право вести финансовое хозяйство.

Лабандъ, критикуя Іеллинека [2]) справедливо указываетъ, что это въ сущности лишь игра словами, что одно понятіе совпадаетъ съ другимъ. Но есть ли такое полномочіе—правовая норма—достаточный критерій для признанія за бюджетнымъ закономъ значенія закона въ охарактеризованномъ выше матеріальномъ смыслѣ? Мы позволяемъ себѣ думать, что возможно конструировать данный случай иначе. Спеціальное полномочіе, даваемое какому-либо исполнительному органу, является совершенно естественнымъ и неизбѣжнымъ ингредіентомъ понятія управленія. На всѣхъ ступеняхъ административной іерархіи дѣятельность управленія включаетъ въ себя два элемента: предписаніе—разрѣшеніе, полномочіе со стороны высшаго органа, исполненіе—со стороны низшаго. Почему же соотношеніе между законодательными учрежденіями и органами управленія въ области бюджета не могутъ быть охарактеризованы этими соотношеніями въ области управленія? Можно подраздѣлять понятія Rechtsbefehl и Verwaltungsbefehl.

---

[1]) G. Iellinek, Gesetz und Verordnung 1887. S. 292—293.
[2]) P. Laband. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4 изд. IV 536.

Можно сказать, что особая природа законодательныхъ учрежденій, выступающихъ въ роли руководителей государственнаго управленія, создаетъ отличія въ юридической силѣ полномочій, даваемыхъ ими, сравнительно съ дѣятельностью распорядительной власти; можно сказать, что тамъ данное распоряженіе можетъ быть всегда отмѣнено, здѣсь же необходимъ для такой отмѣны законодательный порядокъ. Но нельзя не признать, что по своему типу бюджетная функція палатъ аналогична функціи управленія, а не законодательства.

Такимъ образомъ *можно считать актъ установленія бюджета актомъ управленія по его содержанію, актомъ законодательства—по его юридической формѣ*. Въ этомъ содержаніе нашего второго тезиса.

III.

Какъ указано выше, Лабандъ изъ этого тезиса, служащаго для него меньшей посылкой силлогизма, дѣлаетъ выводъ, что представительныя учрежденія при установленіи бюджета юридически связаны постановленіями дѣйствующихъ законовъ. Большей посылкой силлогизма является «аксіома»: государственное управленіе должно вестись сообразно съ законами. «Это основное положеніе—продолжаетъ онъ—есть постулатъ современнаго сознанія, принципъ, врѣзавшійся въ правосознаніе нашего времени, хотя бы и безъ явной санкціи конституціонныхъ актовъ». Приведенный тезисъ не подвергается у Лабанда болѣе точному анализу, между тѣмъ содержаніе его двойственно. Къ нему приложимо какъ разъ Лабандовское разграниченіе формальной и матеріальной точки зрѣнія. По отношенію къ органамъ исполнительной власти данное положеніе является дѣйствительно однимъ изъ исторически выросшихъ краеугольныхъ камней правового строя современнаго государства: они должны вести государственное управленіе въ соотвѣтствіи съ законами. Лишь въ строго опредѣленныхъ случаяхъ закономъ не опредѣляется пріостановка общихъ законовъ и администраціи даются спеціальныя и чрезвычайныя полномочія также опредѣляемыя

закономъ. И можно представить себѣ лишь совершенно исключительные случаи въ жизни государства, когда этого оказывалось бы недостаточно. Такова *формальная* сторона даннаго тезиса, регулируемая строжайшими нормами положительнаго законодательства.

Разсматриваемый съ *матеріальной* точки зрѣнія онъ гласитъ: государственное управленіе должно вестись сообразно съ законами. Это руководящая норма для политической жизни государства, регулируемая политической цѣлесообразностью, высшими интересами государственнаго блага. Высшіе органы государственной власти не являются органами подчиненнаго управленія, но и они должны руководиться этимъ принципомъ. Если положить, что для своего вывода Лабандъ подставляетъ въ тезисъ, принимаемый имъ за аксіому, формальный смыслъ его, то силлогизмъ распадается: акты управленія въ формальномъ смыслѣ (т. е. акты органовъ исполнительной власти), не должны нарушать существующихъ законовъ (бо́льшая посылка).

Установленіе бюджета есть актъ управленія въ матеріальномъ смыслѣ (меньшая посылка).

Вывода не можетъ быть сдѣлано, ибо понятія, имѣющіяся въ посылкахъ, различны. Сверхъ того, большая посылка, принимаемая Лабандомъ за аксіому, можетъ считаться таковою для современнаго правосознанія, лишь поскольку она относится къ органамъ исполнительной власти, актъ же установленія бюджета есть функція законодательныхъ учрежденій. Если же взять бо́льшую посылку силлогизма, разсматривая ее въ матеріальномъ смыслѣ, то она также не даетъ права на соотвѣтственный выводъ. Что государственное управленіе должно вестись сообразно законамъ—съ точки зрѣнія политической цѣлесообразности,—это положеніе можетъ быть постулатомъ политики права, но не нормой положительнаго права. Тогда понятіе «акта управленія» въ обѣихъ посылкахъ будетъ одинаково, но выводъ не можетъ быть сдѣланъ, ибо политическіе постулаты не уполномачиваютъ на юридическіе выводы: изъ области политической теоріи нельзя дѣлать проекцій въ область положительнаго права. Iellinek, отбрасывая

разобранный силлогизмъ Лабанда, строитъ теорію «gebundene Gesetzgebung». Основою ея является тезисъ, что правовой строй въ его цѣломъ господствуетъ и подчиняетъ себѣ даже органы свободной дѣятельности государства—органы законодательной власти. Но общій духъ его теоріи сводится опять таки къ тому, что связанность законодательныхъ учрежденій является лишь политическимъ постулатомъ, а не юридическимъ veto, какъ у Лабанда, и въ такой постановкѣ, конечно, она не можетъ быть отрицаема. Изъ этого же тезиза, что бюджетъ есть актъ управленія, Лабандъ дѣлаетъ выводъ, что въ случаѣ отсутствія законно утвержденнаго бюджета финансовое управленіе можетъ быть *правомѣрно* ведено исполнительной властью и безъ него. Министерство принимаетъ здѣсь на себя лишь отвѣтственность, аналогичную отвѣтственности за перерасходъ при наличности утвержденнаго бюджета. Но перерасходы, требующіе индемнитета, вовсе не предполагаютъ, что они совершены *вопреки* волѣ палаты; наоборотъ, хозяйствованіе при отказѣ палаты вотировать бюджетъ прямо предполагаетъ юридически одіозный характеръ поведенія исполнительной власти. Аналогія врядъ ли выдерживаетъ критику. Этотъ тезисъ Лабандъ, какъ извѣстно, примѣняетъ при оцѣнкѣ прусскаго конфликта 1862—1866 г.г. Онъ становится здѣсь въ противорѣчіе съ знаменитой тронной рѣчью Вильгельма I-го, 5 августа 1866 г., признававшей что «die Staatsausgaben, welche ohne Statsgesetz geleistet sind, der gesetzlichen Grundlage entbehren». Съ 70-хъ г.г. и прусская, позже также германская имперская практика разошлась съ мнѣніемъ Лабанда, и въ рѣдкихъ случаяхъ отсутствія бюджета къ сроку спеціально уполномачиваютъ продолжить на опредѣленный срокъ бюджетъ предыдущаго года [1]). Этотъ выводъ Лабанда отвергается и Іеллинекомъ [2]) и др. теоретиками прусскаго государственнаго правя [3]), и я думаю, что возможно на немъ не оста-

[1]) Martitz op. cit. стр. 215.

[2]) Op. cit. стр. 303.

[3]) Я могу сослаться на Fricker'a (Die Natur des Steuerverwilligungsrechtes und Finanzgesetzes, Ztsch. f. d. g. Staatswissenschaft 1861) и Arndt'a (Die preussiche Vertassungsurkunde).

навливаться, хотя онъ и связанъ съ очень любопытными эпизодами германской исторіи. Итакъ нашъ третій тезисъ: *изъ признанія за бюджетомъ характера акта управленія, логически не можетъ быть сдѣланъ выводъ, что представительныя учрежденія юридически связаны въ правѣ свободнаго регулированія бюджета.*

Но къ этому должна быть сдѣлана оговорка: если нѣтъ постановленій спеціально ограничивающихъ эту свободу. Такія постановленія какъ разъ можно найти въ прусскомъ, японскомъ и русскомъ бюджетномъ законодательствѣ (ст. 109 прусской конституціи, закрѣплявшая ранѣе установленные налоги, ст. 67 японской [1]), ст. 9 русскихъ бюджетныхъ правилъ и рядъ частныхъ статей въ нѣкоторыхъ конституціяхъ, относящихся обычно къ цивилисту и къ платежамъ по государственнымъ займамъ).

Здѣсь необходимо обратить вниманіе на одну особенность нашего законодательства. Всякое новое постановленіе, требующее расхода, издается и издавалось у у насъ въ формѣ отдѣльнаго закона (или Высочайшаго повелѣнія, имѣвшаго туже силу). Штаты, учрежденія и кредиты на нихъ также устанавливались и устанавливаются у насъ каждый разъ въ формѣ особыхъ законодательныхъ актовъ. Ст. 14 смѣтныхъ правилъ 1862 г.—прототипъ ст. 9 правилъ 8 марта постановляетъ, что «при составленіи вѣдомствами смѣтъ, въ частныя росписанія не вносятся никакіе новые расходы кромѣ тѣхъ, кои установлены штатами, положеніями и Высочайшими повелѣніями или на внесеніе коихъ послѣдовало разрѣшеніе Министерства или Главнаго Управленія, на точномъ основаніи законовъ и постановленій». Было бы очень любопытной темой—прослѣдить эту особенность русскаго законодательства въ ея историческомъ происхожденіи, выяснить мотивы, вызывавшие ее, и тѣ результаты, къ коимъ вела эта система для нашего

---

[1]) Японская конституція, ст. 67: расходы, уже установленые и вызываемые согласно конституціи осуществленіемъ полномочій, принадлежащихъ императору, постановленіями закона и законными обязательствами правительства, не могутъ быть ни отмѣнены, ни уменьшены императорскимъ парламентомъ безъ согласія правительства.

бюджетнаго дѣла. Насколько мнѣ извѣстно, эта тема не подвергалась специальному изслѣдованію, но здѣсь она завела бы насъ слишкомъ далеко

Какъ бы то ни было, этотъ фактъ болѣе рѣзко подчеркиваетъ, что государственныя расходы во всякомъ случаѣ въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ на Западѣ, закрѣплялись и закрѣпляются у насъ актами, имѣющими силу закона, и намъ представляются неправильными указанія защитниковъ отмѣны ст. 9 на то, что прежній Государственный Совѣтъ при разсмотрѣніи смѣтъ не стѣснялся такими юридически закрѣпленными кредитами [1]). Мы какъ разъ привели выше указанія обратнаго характера: касаться «забронированныхъ» кредитовъ и тогда возможнымъ оказывалось лишь послѣ испрошенія соотвѣтствующаго Высочайшаго повелѣнія, а цитированный нами выше докладъ министра финансовъ Грейга какъ разъ подчеркиваетъ безсиліе стараго Государственнаго Совѣта въ области сокращенія кредитовъ, закрѣпленныхъ актами, имѣвшими силу закона. Но какъ бы своеобразно ни отклонялось русское законодательство въ сторону закрѣпленія кредитовъ въ законодательномъ порядкѣ, это не можетъ имѣть рѣшающаго значенія для вывода о юридической силѣ бюджетнаго вотума. Разъ разграниченіе актовъ законодательства и управленія по ихъ содержанію можетъ имѣть только теоретическое или политическое, но не юридическое значеніе; разъ фор-

---

[1]) См. Докладъ бюджетной комиссіи Государственной Думы (третій созывъ, сессія 1910/1911 г. «По законодательному предположенію 40 членовъ Государственной Думы объ измѣненіи правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи, стр. 35): «Такимъ именно способомъ и примѣнялись финансовые законы прежнимъ Государственнымъ Совѣтомъ, измѣнявшимъ размѣры суммъ, опредѣленныхъ въ законѣ; слѣды этой дѣятельности Государственнаго Совѣта встрѣчаются почти во всѣхъ смѣтахъ, представляемыхъ нынѣ на разсмотрѣніе Государственной Думы. Если, напримѣръ, обнаруживалось, что въ какомъ-либо вѣдомствѣ одна изъ должностей оставалась въ теченіе ряда лѣтъ незамѣщенной, Государственный Совѣтъ не стѣснялся тѣмъ обстоятельствомъ, что эта должность установлена закономъ, и исключалъ изъ смѣты соотвѣтствующій кредитъ. Можно указать цѣлый рядъ случаевъ, когда предусмотрѣнныя по закону издержки исключались изъ бюджетныхъ назначеній, въ виду стѣснительнаго положенія государственнаго казначейства». (См. также стенограмму засѣданія бюджетной комиссіи 13 октября 1909 г. стр. 18, рѣчь депутата Шингарева).

мально бюджетъ является закономъ, требующимъ участія всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій, отдѣльные бюджетные вотумы могутъ вступать въ противорѣчіе съ актами, имѣвшими силу закона и устанавливавшими кредиты, могутъ измѣнять, сокращать или исключать ихъ. Аналогія со старымъ Государственнымъ Совѣтомъ не можетъ играть роли, ибо это было учрежденіе совѣщательное. Указаніе ст. 94 осн. зак., что новымъ закономъ существующій долженъ быть отмѣненъ «положительно», не можетъ имѣть также рѣшающаго значенія, ибо бюджетный вотумъ по существу дѣла не въ силахъ отмѣнить закона, а лишь на одинъ бюджетный періодъ пріостановить его дѣйствіе, и то лишь поскольку оно зависитъ отъ ассигнованія соотвѣтственныхъ кредитовъ. Ограниченіе въ отношеніи кредитовъ, закрѣпленныхъ актами, имѣющими силу закона, очевидно, такимъ образомъ, устанавливается для Государственной Думы не 94 ст. осн. зак., а ст. 9 правилъ 8 марта 1906 г., и съ отмѣною ея падаетъ [1]).

Однако возникаетъ еще одинъ существенный вопросъ. Допустимъ, что одна изъ палатъ при разсмотрѣніи бюджета вычеркиваетъ кредитъ, опиравшійся на ранѣе существовавшій законъ. Возникаетъ вопросъ: изъемлется этотъ кредитъ изъ росписи лишь тогда, когда на его исключеніе согласны всѣ три законода-

---

[1]) Съ рѣшеніемъ общаго вопроса связано и разрѣшеніе частныхъ случаевъ. Изъ нихъ представляетъ интересъ вопросъ о правахъ третьихъ лицъ. Бюджетныя назначенія могутъ быть чисто хозяйственнаго характера, могутъ быть связаны и съ правами третьихъ лицъ, являясь выраженіемъ обязательствъ государства передъ ними. Таковы платежи по долгамъ, содержаніе чиновникамъ, обязательства по контрактамъ. Если въ отношеніи прочихъ расходовъ бюджетный вотумъ устанавливаетъ лишь предѣльную сумму кредита, свыше которой правительство не имѣетъ полномочія расходовать, то здѣсь дѣло идетъ о точно опредѣленныхъ въ своемъ размѣрѣ цифрахъ. Они могутъ быть вычеркнуты изъ бюджета, разъ нѣтъ для этого ограниченій подобно ст. 9. Бисмаркъ въ рейхстагѣ 1 дек. 1885 г. говорилъ: «если вы вычеркнете мое содержаніе, я просто пойду въ судъ и государство присудитъ—пока я состою канцлеромъ, отпускать мнѣ содержаніе». См. Arndt. Die preussische Verfassungsurkunde 6 изд. Берл. 1907. стр. 192. Такой путь возможенъ и мы склонны полагать, что онъ единственно возможный. Но государство—въ лицѣ органовъ своей верховной власти—въ острые моменты государственной жизни можетъ и нарушить свои обязательства и мы склонны думать, что частныя лица здѣсь безсильны.

тельныхъ инстанціи, или же достаточно veto, наложеннаго одною изъ нихъ (и притомъ одною изъ палатъ, ибо монархъ санкціонируетъ бюджетъ лишь цѣликомъ). Здѣсь возможны двѣ конструкціи: если размѣръ кредита есть такой же законъ, какъ и постановленіе о томъ предметѣ, на который онъ предназначенъ, то очевидно, для исключенія кредита или его измѣненія необходимо соглашеніе всѣхъ трехъ законодательныхъ воль. Можетъ быть иная конструкція: существующіе законы продолжаютъ существовать, но средства для приведенія ихъ въ исполненіе, иными словами, соотвѣтственныя части расходнаго бюджета пересматриваются каждый годъ. Иными словами дотированіе учрежденій отдѣляется здѣсь отъ ихъ организаціи. Послѣдняя остается неизмѣнной, но ежегодно палаты заново пересматриваютъ всю систему ассигнованія средствъ на удовлетвореніе государственныхъ потребностей. Бюджетъ съ этой точки зрѣнія является ежегоднымъ новымъ законопроектомъ и несогласіе одной изъ палатъ на какую-либо изъ его деталей анулліруетъ эту деталь, опять таки если нѣтъ спеціальнаго противодѣйствующаго постановленія, какимъ является дѣйствующая ст. 13 правилъ 8 марта, говорящая о случаяхъ разногласія между Думою и Совѣтомъ.

Въ защиту этой послѣдней конструкціи можетъ быть приведено то соображеніе, что бюджетныя назначенія суть средства, а не самодовлѣющая цѣль; ежегодный пересмотръ ихъ политически не можетъ быть связанъ въ исключительные моменты государственной жизни даже существующими обязательствами государства предъ третьими лицами. Высшія задачи государства, которымъ призваны служить его высшіе органы, могутъ стать въ противорѣчіе съ этими обязательствами. Съ другой стороны, конституціонный строй, являющійся раздробленіемъ единой воли, неизбѣжно скрываетъ въ себѣ внутреннія противорѣчія и возможность конфликтовъ. Нормальнымъ состояніемъ является здѣсь компромисъ или соглашеніе органовъ, между которыми раздроблена высшая власть государства. Разъ его нѣтъ—дѣло можетъ разрѣшаться лишь на основаніи общихъ государственно-

правовыхъ началъ. Конституціонный принципъ въ дѣлѣ установленія новаго—требуетъ согласія всѣхъ инстанцій законодательной власти: ничто ни одной изъ нихъ не можетъ быть навязано помимо ея воли. Но всѣ эти разсужденія политическаго характера; юридически—разъ нѣтъ спеціальнаго постановленія закона—указанный нами вопросъ неразрѣшимъ.

Исторія таможенной политики Россіи, ея источники и значеніе для современной экономической жизни страны [1]).

М. Соболева.

Среди экономическихъ проблемъ Россіи послѣ аграрнаго вопроса едва ли не первое мѣсто принадлежитъ таможенному протекціонизму, съ которымъ связаны судьбы всей россійской промышленности.

Къ сожалѣнію, русская таможенная политика почти не подвергалась спеціальнымъ изслѣдованіямъ. До сихъ поръ не было систематической разработки нашего таможеннаго законодательства. Поэтому представлялось полезнымъ заняться изученіемъ матеріаловъ по исторіи и статистикѣ таможенной политики Россіи. Наиболѣе любопытной эпохой является вторая половина XIX-го столѣтія. Здѣсь Россія пережила два рѣзко отличныхъ теченія—фритредерское и протекціонистское. Было особенно интересно выяснить причины, заставившія правительство перейти въ срединѣ XIX вѣка отъ строго запретительной системы къ ея ослабленію въ духѣ свободной торговли, и причины, въ силу которыхъ это направленіе, дававшее свои положительные результаты, было вытѣснено съ половины 70-ыхъ годовъ рѣзкой и систематической политикой повышенія пошлинъ.

При изученіи интересующаго насъ вопроса должны быть поставлены двѣ задачи: выясненіе цѣлей, которыя преслѣдуются установленіемъ тѣхъ или другихъ пошлинъ, и выясненіе результатовъ, къ которымъ эти

---

[1]) Расширенная рѣчь, произнесенная на диспутѣ въ Московскомъ Университетѣ 11 декабря 1911 г.

пошлины привели. Вообще таможенныя пошлины могутъ быть вводимы для трехъ цѣлей: для полученія дохода въ пользу государства, для покровительства внутренней промышленности и для сокращенія ввоза иностранныхъ товаровъ въ интересахъ поддержанія благопріятнаго торговаго баланса. Однако таможенное обложеніе представляетъ намъ примѣръ финансовой мѣры, которая можетъ одновременно и задаваться различными цѣлями, и сопровождаться разными послѣдствіями. Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ финансовымъ явленіемъ, которое ставитъ себѣ, по терминологіи финансистовъ, главную цѣль (Hauptzweck) и побочныя цѣли (Nebenzwecke). Кромѣ того, преслѣдуемыя при введеніи какой-нибудь таможенной пошлины цѣли нерѣдко оказываются недостигнутыми и наоборотъ результатомъ являются послѣдствія, не имѣвшіяся въ виду при введеніи пошлины

Задачей изслѣдователя и должно быть выясненіе взаимоотношенія цѣлей и результатовъ введенія таможенныхъ пошлинъ.

Среди матеріаловъ, рисующихъ цѣли таможеннаго законодательства, наше вниманіе останавливаютъ прежде всего тѣ мотивы, которые выдвигаются при созданіи новыхъ пошлинъ. Мотивы, приводимые финансовымъ вѣдомствомъ при представленіи таможеннаго законопроекта въ законодательныя учрежденія, раскрываютъ цѣли, которыя преслѣдуются при этомъ государственной властью. Здѣсь намъ даютъ матеріалъ записки министровъ финансовъ, доклады правительственныхъ комиссій, протоколы оффиціальныхъ совѣщаній и, наконецъ, протоколы засѣданій государственнаго совѣта. Если мотивы законодателя служатъ средствомъ истолкованія законодательныхъ нормъ, то тѣмъ болѣе они могутъ объяснить намъ цѣли, преслѣдуемыя правительствомъ при установленіи таможенныхъ пошлинъ. Къ тому же мотивы, приводимые въ правительственныхъ запискахъ, могутъ быть подвергнуты провѣркѣ. Положимъ, записка министра финансовъ указываетъ на необходимость покрытія ожидаемаго дефицита и съ этой цѣлью предлагаетъ повысить таможен-

ныя пошлины. Такое заявленіе легко провѣрить разсмотрѣніемъ росписи. Наибольшей самостоятельностью и оригинальностью идей отмѣчаются труды тарифныхъ комиссій 1850 и 1857 г.г., работавшихъ подъ руководствомъ выдающагося экономиста — Тенгоборскаго. Въ послѣдующія десятилѣтія оффиціальныя комиссіи становятся безпрекословнымъ отраженіемъ духа руководителей финансоваго вѣдомства. Въ особенности это можно сказать о комиссіи, вырабатывавшей тарифъ 1891 года.

При выясненіи процесса выработки таможенныхъ пошлинъ чрезвычайно важнымъ является голосъ заинтересованныхъ сторонъ—производителей, торговцевъ и потребителей. Тѣ и другія общественныя группы, при наличности организаціи, могутъ оказывать могущественное вліяніе на направленіе торговой политики. Наиболѣе яркое и отчетливое выраженіе интересовъ и формулировку требованій различныхъ общественныхъ группъ мы встрѣчаемъ, конечно, въ преніяхъ парламента. Этотъ источникъ изученія цѣлей, преслѣдуемыхъ общественными группами въ таможенной политикѣ. отсутствуетъ въ дореформенной Россіи. Въ этотъ періодъ онъ встрѣчается только въ видѣ мнѣній представителей заинтересованныхъ группъ населенія, приглашаемыхъ въ правительственныя комиссіи, совѣщанія и иногда даже въ самый государственный совѣтъ. Надо замѣтить, что такого приглашенія удостаивались лишь представители торгово-промышленнаго класса. Только при выработкѣ тарифа 1891 года въ тарифную комиссію былъ введенъ единственный представитель отъ дворянскаго землевладѣнія, да и то по назначенію министра внутреннихъ дѣлъ. Въ указанномъ отношеніи мы имѣемъ богатые матеріалы во всѣхъ комиссіяхъ и совѣщаніяхъ, работавшихъ по вопросамъ таможеннаго обложенія. Изучая эти матеріалы исторически, мы видимъ возрастающую съ каждымъ десятилѣтіемъ настойчивость притязаній торгово-промышленнаго класса и увеличивающееся соціально-политическое его вліяніе на направленіе нашей экономической политики. Промышленники и купцы не ограничиваются личнымъ участіемъ въ

засѣданіяхъ правительственныхъ комиссій. Они все болѣе засыпаютъ государственную власть своими ходатайствами, раскрывающими ихъ экономическую психологію въ вопросахъ таможенной политики. Архивы министерства финансовъ и государственнаго совѣта даютъ богатое собраніе такого рода ходатайствъ нашего промышленнаго класса. Въ этихъ просьбахъ, направляемыхъ въ петербургскія канцеляріи, промышленники предъявляли свои желанія, а подчасъ и требованія опредѣленно и безъ обиняковъ, не нуждаясь въ драпировкѣ ихъ красивыми словами и идеями для того, чтобы оправдаться передъ общественнымъ мнѣніемъ.

Важнымъ источникомъ познанія интересовъ общественныхъ группъ, дѣйствовавшихъ въ сферѣ таможенной политики, являются заявленія различныхъ общественныхъ организацій, какъ-то биржевыхъ комитетовъ, обществъ и съѣздовъ промышленниковъ, сельскихъ хозяевъ и купцовъ, земскихъ собраній и т. п. Правда, въ третьей четверти XIX вѣка организаціи промышленниковъ были немногочисленны, но тѣмъ не менѣе всѣ происходившіе за этотъ періодъ торгово-промышленные съѣзды посвящали немало вниманія вопросамъ таможенной политики. Уже тогда въ торгово-промышленномъ классѣ намѣчаются два направленія, постоянно приходящія въ столкновеніе между собой. Московскій биржевой комитетъ вмѣстѣ съ Московскимъ отдѣленіемъ совѣта торговли и мануфактуры являются издавна цитаделью самаго крайняго протекціонизма. По всѣмъ вопросамъ таможенной политики они неизмѣнно выступаютъ съ предложеніями самыхъ высокихъ пошлинныхъ ставокъ и самыхъ ограничительныхъ мѣръ. Въ этой организаціи находятъ себѣ яркое выраженіе интересы фабрикантовъ центральныхъ промышленныхъ губерній Европейской Россіи. Наоборотъ, биржевые комитеты Либавы, Ревеля, Риги, Одессы и отчасти Петербурга настроены болѣе фритредерски; они обычно высказываются за умѣренныя пошлины и выступаютъ энергично противъ повышенія таможеннаго обложенія. Причина этого лежитъ въ томъ, что эти комитеты представляютъ по преимуществу интересы купеческаго класса, который

по своей экономической природѣ тяготѣетъ къ идеямъ свободной торговли. Борьба этихъ двухъ группъ биржевыхъ организацій проходитъ красной нитью въ исторіи торговой политики второй половины XIX вѣка. Еще въ 1867 г. московскій фабрикантъ Морозовъ въ засѣданіи экспертной комиссіи по выработкѣ тарифа 1868 г. сказалъ: «Для васъ, торговцевъ, интересно, чтобы торговля развилась, но для насъ интересъ, чтобы фабрики не закрывались; нѣтъ сомнѣнія, что въ вашихъ интересахъ было бы совсѣмъ даже безъ пошлины».

Въ послѣднюю четверть прошлаго вѣка выступаютъ новыя крупныя организаціи промышленниковъ, получившія замѣтное вліяніе на направленіе нашей экономической политики. Таковы съѣзды южныхъ, уральскихъ и польскихъ горнопромышленниковъ, съѣзды нефтепромышленниковъ, союзъ писчебумажныхъ фабрикантовъ и проч.

Интересно отмѣтить, что земства, являющіяся, казалось бы, выразителями интересовъ мѣстнаго населенія, очень рѣдко затрагивали вопросы таможенной политики. Только въ дѣлѣ обложенія пошлинами сельско-хозяйственныхъ орудій они высказывались въ духѣ свободной торговли; наоборотъ. въ другихъ случаяхъ земства выступали защитниками повышенныхъ пошлинъ во имя покровительства русскаго сельскаго хозяйства, напр., по обложенію шерсти, хмѣля, сахара.

Наконецъ, вопросы таможенной политики трактовались и въ текущей литературѣ, журнальной и газетной. Къ сожалѣнію, спеціальная литература, выражающая интересы опредѣленныхъ группъ общества, въ частности торгово-промышленнаго класса, появилась въ Россіи только въ самое послѣднее время. Во второй половинѣ XIX столѣтія мы имѣемъ два-три журнала, изъ которыхъ одни защищали точку зрѣнія промышленниковъ, другіе—точку зрѣнія землевладѣльцевъ. Но и эти органы печати не имѣли опредѣленной связи съ общественными группами, которыя ими защищались, и потому не могутъ быть признаны полными выразителями ихъ интересовъ. Большая часть газетъ являлась во второй половинѣ XIX вѣка сторонницей началъ свободной

торговли или умѣреннаго протекціонизма. Здѣсь находили себѣ выраженіе взгляды научныхъ круговъ общества, отражавшіе общія теченія европейской мысли.

Что касается выясненія результатовъ, къ которымъ приводили мѣропріятія таможенной политики, то главнымъ средствомъ для него служитъ статистика. Если правительство задавалось цѣлью получить отъ введенія или поднятія таможенной пошлины доходъ, осуществленіе этой цѣли можетъ быть провѣрено анализомъ финансовыхъ поступленій по данной статьѣ. Если имѣлось въ виду покровительство туземной промышленности, достиженіе или недостиженіе этой задачи можетъ быть установлено статистикой промышленности за рядъ лѣтъ. Если, наконецъ, преслѣдовалась цѣль созданія благопріятнаго торговаго баланса, то успѣхъ таможенной политики раскрывается анализомъ статистическихъ данныхъ ввоза и вывоза товаровъ.

Въ частности статистика даетъ возможность провѣрить одно утвержденіе, которое пользовалось большой популярностью среди протекціонистовъ. Послѣдніе утверждали, будто высокія пошлины поднимаютъ цѣну товаровъ внутри страны на сумму пошлинъ только временно; постепенно конкурренція среди туземныхъ производителей усиливается настолько, что приводитъ къ пониженію цѣнъ, чуть не до уровня заграничныхъ. Если бы это было такъ, то туземные производители не держались бы съ такой страстностью за покровительственный тарифъ. Но доказать неосновательность этого утвержденія легче всего сопоставленіемъ туземныхъ и иностранныхъ цѣнъ продуктовъ такихъ видовъ производства, которые пользуются долговременной таможенной защитой. Дѣлая эти сопоставленія, мы неизмѣнно констатировали превышеніе русскихъ цѣнъ надъ заграничными на сумму пошлины плюсъ стоимость транспорта. Для полученія хотя бы нѣкотораго цыфрового матеріала о цѣнахъ за достаточно продолжительный періодъ времени пришлось извлечь изъ биржевыхъ бюллетеней Петербурга, Москвы и Риги первичныя данныя о цѣнахъ и вывести изъ нихъ тѣ таблицы, которыя приложены въ концѣ моей книги. Объектив-

ные факты экономической и финансовой дѣйствительности являются конечными судьями цѣлесообразности и плодотворности тѣхъ мѣропріятій торговой политики, которыя принимались государственной властью. Сопоставленіе имѣвшихся въ виду цѣлей и полученныхъ результатовъ чрезвычайно интересно въ томъ отношеніи, что оно опредѣляетъ степень государственной мудрости и государственнаго предвидѣнія финансовыхъ дѣятелей.

При полной неразработанности матеріаловъ экономической исторіи Россіи изслѣдователю торговой политики приходится прежде всего изучить основныя, общія ея тенденціи. Вотъ почему и въ данной работѣ авторъ видѣлъ себя вынужденнымъ ограничиться анализомъ общаго хода развитія таможенной политики. Только сдѣлавъ такую работу, можно приступить къ болѣе детальнымъ изслѣдованіямъ отдѣльныхъ моментовъ таможеннаго законодательства и ихъ вліянія на судьбы разныхъ отраслей промышленности. Для того, чтобы высказать окончательное сужденіе о результатахъ покровительственной системы, необходимо войти въ подробное изученіе состоянія техники и экономики каждой отрасли промышленности въ различные историческіе моменты, выяснить движеніе цѣнъ промышленныхъ издѣлій и ихъ соотношеніе съ цѣнами на заграничныхъ рынкахъ. Эти заданія могутъ быть выполнены только серіей монографій, посвященныхъ отдѣльнымъ видамъ промышленности. Такая работа и должна быть поставлена въ ближайшемъ будущемъ на очередь для изслѣдователей русской торговой политики.

Историко-экономическое изслѣдованіе русской таможенной политики должно удовлетворять не только научный интересъ экономиста въ познаніи факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ она слагалась, Это изслѣдованіе даетъ необходимый матеріалъ и для выработки дальнѣйшаго направленія экономической политики Россіи. Если бы кабинетный ученый, увлекаясь теоріей свободной торговли, предложилъ ея немедленное осуществленіе въ дѣйствительности, то наиболѣе вѣскимъ аргументомъ противъ такого проекта явилось бы ука-

заніе на вѣковую протекціонную систему, которая опредѣлила извѣстное строеніе внутренней промышленности и приспособила ее къ рыночнымъ цѣнамъ и къ иностранной конкурренціи. Внезапный рѣзкій поворотъ торговой политики отъ системы высокихъ и даже запретительныхъ къ фритредерству вызвалъ бы величайшее потрясеніе народнаго хозяйства, гибель массы предпріятій, уничтоженіе накопленныхъ капиталовъ, массовую безработицу и пр., что никоимъ образомъ не могло бы компенсироваться дешевизной промышленныхъ издѣлій.

Въ настоящую минуту вопросъ о таможенной политикѣ Россіи пріобрѣтаетъ остроту вопроса дня по двумъ причинамъ.

Съ одной стороны, въ Россіи, подобно Западной Европѣ, съ особенной болѣзненностью стало чувствоваться населеніемъ вздорожаніе главныхъ предметовъ потребленія. Причины этого явленія лежатъ какъ въ общихъ условіяхъ развитія міровой экономической жизни, такъ и въ спеціальныхъ мѣропріятіяхъ экономической политики отдѣльныхъ государствъ. Въ числѣ послѣднихъ важную роль играютъ таможенныя пошлины, увеличивающія цѣну товаровъ внутри страны.

Съ другой стороны, въ недалекомъ будущемъ намъ предстоитъ пересмотръ торговаго договора съ Германіей, заключеніе котораго въ 1903 г. оказалось далеко не къ выгодѣ Россіи. Какъ это часто бываетъ, мы не съумѣли въ то время надлежащимъ образомъ опредѣлить ни нашихъ собственныхъ интересовъ, ни значенія русскаго экспорта для Германіи, и потому оказались черезчуръ уступчивыми въ пошлинныхъ ставкахъ на ввозимый въ Германію хлѣбъ. Повидимому, въ настоящее время общественное самосознаніе лучше оцѣниваетъ значеніе русско-германскаго торговаго трактата; уже теперь, за 6 лѣтъ до пересмотра, организуются спеціальныя комиссіи при частныхъ обществахъ и при правительственныхъ учрежденіяхъ для подготовки матеріаловъ и для выработки желательныхъ положеній договора.

При заключеніи будущаго договора необходимо найти общую плоскость интересовъ обѣихъ сторонъ, на ко-

торой было бы возможно соглашеніе. Германія, какъ извѣстно, заинтересована больше всего въ льготномъ обложеніи фабрикатовъ и нѣкоторыхъ видовъ полуобработаннаго сырья. Для Россіи же наиболѣе важно добиться пониженія со стороны Германіи пошлинъ на русскій хлѣбъ. Если Россія можетъ сдѣлать пониженія пошлинъ на обработанныя издѣлія безъ ущерба для интересовъ своего народнаго хозяйства, то этимъ путемъ она легче всего можетъ добиться льготъ отъ нашей сосѣдки.

Для рѣшенія даннаго вопроса нужно прежде всего отчетливо выяснить себѣ общую постановку проблемы нашей торговой политики въ настоящее время. Нельзя обсуждать вопросы о размѣрахъ той или иной таможенной пошлины, не имѣя передъ собой картины всего направленія торговой политики.

Въ какомъ направленіи должна двигаться наша таможенная политика—въ сторону ли дальнѣйшаго повышенія пошлинныхъ ставокъ или въ сторону ихъ пониженія? Этотъ вопросъ является центральнымъ пунктомъ всей таможенной проблемы. Онъ вызываетъ наибольшую борьбу интересовъ и страстей заинтересованныхъ экономическихъ группъ, онъ порождаетъ величайшіе споры, несогласія и недоразумѣнія.

Для рѣшенія поставленнаго вопроса изученіе исторіи таможенной политики Россіи даетъ весьма существенные элементы. Прежде всего, мы видимъ, что однимъ изъ главныхъ руководящихъ началъ этой политики являлся интересъ фиска, видѣвшій въ обложеніи иностранныхъ товаровъ, потребляемыхъ внутри Россіи, весьма эластичное и податливое средство обогащенія государственной казны. Фискальными соображеніями обусловлены всѣ тѣ огульныя повышенія таможеннаго тарифа, которыя были произведены въ 70-хъ и 80-хъ годахъ XIX столѣтія и которыя получили свою сводку въ тарифѣ 1891 года. Та безпорядочность и случайность повышеній пошлинъ, то полнѣйшее отсутствіе планомѣрности, которыя характеризуютъ законодательныя мѣропріятія финансоваго вѣдомства въ послѣднюю четверть XIX вѣка, являются однимъ изъ доказательствъ

безцѣльности и нераціональности русскаго таможеннаго протекціонизма. Финансовое вѣдомство въ погонѣ за доходами не пренебрегало и небольшими суммами въ десятки тысячъ рублей, которыя оно надѣялось получить отъ повышенныхъ пошлинныхъ ставокъ.

Вкратцѣ господствующее вліяніе фискализма подтверждается слѣдующими соображеніями.

1) Главная тяжесть таможенныхъ налоговъ падаетъ на жизненные припасы, которые облагаются только въ цѣляхъ увеличенія дохода. Въ 1851 г. пошлины составляли 45% цѣнности ввозимыхъ жизненныхъ припасовъ, 7% цѣнности сырья, 27% цѣнности издѣлій. Въ 1869 г. этотъ процентъ равнялся 32%, 8% и 12%. Въ 1891 г. онъ составлялъ 43%, 14% и 17%, а въ 1900 г. даже 72%, 24% и 25%.

2) Въ общей суммѣ таможенныхъ доходовъ преобладаютъ чисто фискальныя статьи; раньше это были чай, сахаръ, вина, табакъ, кофе, соль, позже сюда присоединяются деревянное масло, красильныя вещества, каучукъ, отчасти хлопокъ и масса другихъ товаровъ. Если въ 1850 г. до 80% таможеннаго дохода собирается фискальными статьями, то и въ 1891 г. фискальный характеръ имѣютъ не менѣе 60% пошлинныхъ поступленій.

3) Большее обложеніе дешевыхъ сортовъ товаровъ и дешевыхъ предметовъ широкаго народнаго потребленія точно такъ же доказываетъ, что финансовое вѣдомство имѣло въ виду уловить здѣсь потребленіе, имѣющее значительное распространеніе въ населеніи.

4) Какъ показываетъ исторія таможенной политики въ Россіи, до 50-хъ годовъ XIX столѣтія видное фискальное значеніе играли пошлины на сахаръ и бумажную пряжу, которыя въ то же время преслѣдовали и покровительственныя цѣли. Съ развитіемъ внутренняго сахарнаго и бумагопрядильнаго производствъ падаетъ крупный таможенный доходъ и правительство переходитъ къ усиленному обложенію сырья. Это сырье, ввозимое въ увеличивающихся размѣрахъ для удовлетворенія нуждъ русской промышленности становится въ свою очередь источникомъ обогащенія государственной казны.

5) Подтвержденіемъ фискальности таможенныхъ пошлинъ является огульность ихъ повышенія. Въ 1876 г. онѣ повышаются на 48%, въ 1880 г. на 10%, въ 1885 г. на 20% и т. д. Протекціонныя пошлины по своей природѣ носятъ индивидуальный характеръ; ихъ размѣръ опредѣляется въ зависимости отъ условій и перспективъ данной отрасли промышленности.

6) Цѣли повышенія пошлинъ раскрываются указаніями оффиціальныхъ записокъ и дебатовъ государственнаго совѣта, въ которыхъ по большей части подчеркивается финансовый интересъ государства.

7) Таможенныя пошлины пріобрѣтаютъ видную роль въ системѣ русскихъ налоговъ, именно благодаря фискальному характеру; въ концѣ XIX вѣка онѣ составляютъ 28—30% всей суммы прямыхъ и косьенныхъ налоговъ вмѣсто 12—13% въ 60-хъ годахъ.

Съ народно-хозяйственной точки зрѣнія невыгодны и нежелательны тѣ фискальныя пошлины, которыя даютъ незначительный доходъ или затрагиваютъ предметы первой необходимости. Фискальный элементъ русскаго таможеннаго тарифа давно ждетъ коренной переработки въ томъ направленіи, чтобы тяжесть, ложащаяся на плечи малосостоятельныхъ народныхъ массъ, была облегчена за счетъ болѣе имущихъ классовъ. Въ этомъ отношеніи примѣромъ подражанія можетъ служить Англія, гдѣ фискальными пошлинами облагаются немногочисленные, легко контролируемые товары изъ числа предметовъ второстепенной потребности, но достаточно широкаго потребленія.

При видной роли, какую играетъ фискализмъ, немаловажное значеніе имѣютъ въ русской таможенной политикѣ и соображенія протекціоннаго характера. И здѣсь выясненіе исторической обстановки, въ которой происходила выработка проектовъ новыхъ пошлинъ, и выясненіе результатовъ, которые получились при ихъ осуществленіи, даютъ намъ возможность сдѣлать прогнозъ будущаго. Покровительство оказывалось не столько промышленности, сколько промышленникамъ; никогда въ финансовомъ вѣдомствѣ не поднималось вопроса о выясненіи сравнительныхъ перспективъ различныхъ

отраслей промышленности съ точки зрѣнія цѣлесообразности ихъ поощренія и поддержанія. Таможенное покровительство оказывалось широкой и щедрой рукой всѣмъ тѣмъ промышленникамъ, которые о томъ просили. Въ результатѣ вѣкового протекціонизма мы имѣемъ передъ собой увеличенныя до невѣроятной высоты пошлины, превышающія по своимъ размѣрамъ пошлины всѣхъ остальныхъ странъ, и по прежнему безсильную и неспособную къ конкурренціи съ иностранцами туземную промышленность. Правда, цѣлый рядъ промышленныхъ производствъ, благодаря высокимъ пошлинамъ, получилъ въ Россіи значительное развитіе. Но это развитіе достигнуто огромными переплатами населенія, составляющими жертву въ много милліардовъ рублей. По самымъ скромнымъ разсчетамъ потребители уплачиваютъ, въ силу высокихъ пошлинъ, ежегодно по 600—700 мил. руб. въ пользу туземныхъ производителей, а по вычисленіямъ другихъ экомомистовъ, даже по 1 милліарду руб.

Здѣсь интересно отмѣтить, какъ причудливо переплетаются въ Россіи моменты протекціонизма и фискализма. Проф. Лотцъ указываетъ въ своей брошюрѣ «Fiskus, als Wohlthäter» на случаи, когда введеніе налога, преслѣдующаго какую нибудь экономическую или политическую цѣль, не достигаетъ этой цѣли. Тогда фискъ начинаетъ получать доходъ и заинтересовывается въ томъ, чтобы явленіе не исчезало. Въ результатѣ фискальная цѣль налога, или правильнѣе сказать, фискальный результатъ налога начинаетъ отрицать первоначально поставленную цѣль. Такъ было въ Россіи съ многими пошлинами на сырье. Онѣ вводились для поощренія внутренняго производства; однако онѣ не создали такого производства, которое покрыло бы спросъ страны и прекратило бы иностранный ввозъ. Послѣдній продолжалъ усиленно рости, а вмѣстѣ съ тѣмъ увеличивался и таможенный доходъ. Финансовое вѣдомство становилось заинтересованнымъ въ сохраненіи этихъ съ виду покровительственныхъ, а по существу фискальныхъ пошлинъ.

Наоборотъ, покровительство нѣкоторыхъ отраслей промышленности явилось отраженнымъ, иногда даже непредвидѣннымъ, результатомъ чисто фискальныхъ пошлинъ. Такъ, напр., обложеніе сырого хлопка, введенное въ 1878 г., имѣло исключительно фискальную цѣль, но неожиданно оно повело къ развитію туземнаго производства хлопка въ Туркестанѣ и получило такимъ образомъ уже покровительственный характеръ.

Таможенный протекціонизмъ можетъ быть оправданъ съ народно-хозяйственной точки зрѣнія въ томъ случаѣ, если его результатомъ является прочное созданіе промышленности. Но для достиженія такой цѣли необходимо предварительное детальное и тщательное изученіе каждаго производства, развить которое имѣется въ виду. У насъ сплошь и рядомъ поддерживался протекціонизмъ «въ кредитъ», т. е. установленіе высокой пошлины только въ надеждѣ на возможность развитія промышленности въ будущемъ. Въ результатѣ получалась лишь чахлая, тепличная, едва влачившая свое существованіе промышленность.

Точно также экономическая исторія послѣдняго полувѣка показываетъ намъ, что очень часто промышленность развивалась шире и значительнѣе при умѣренномъ тарифѣ, чѣмъ при болѣе высокомъ или запретительномъ. Статистика промышленности за 3-ю и 4-ю четверть XIX вѣка доказываетъ это для цѣлаго ряда отраслей производства. Это понятно и теоретически. Производители при умѣренномъ тарифѣ все же чувствуютъ, хотя и въ ослабленной степени, иностранную конкурренцію, которая поддерживаетъ въ нихъ нѣкоторое соревнованіе и стремленіе къ усовершенствованію техники. Иначе обстоитъ дѣло при чрезмѣрно высокомъ тарифѣ: послѣдній совершенно закрываетъ двери иностраннымъ товарамъ, такъ что внутренніе производители чувствуютъ себя за его стѣнами въ полной безопасности отъ внѣшней конкурренціи и потому впадаютъ въ техническую апатію и бездѣятельность. Вотъ почему даже съ точки зрѣнія самаго убѣжденнаго протекціониста нужно при помощи пошлины только уравнивать издержки туземнаго и ино-

страннаго производства, а отнюдь не создавать «избытокъ покровительства» или премію протекціонизма, какъ это практиковало русское финансовое вѣдомство въ 80 и 90-хъ г.г. XIX столѣтія. Такой избытокъ протекціонизма дѣлаетъ тарифъ запретительнымъ и уничтожаетъ его поощрительное вліяніе.

Какъ мы сказали, русская промышленность въ рядѣ отраслей получила значительное развитіе, въ нѣкоторыхъ случаяхъ вполнѣ обслуживаетъ внутренній рынокъ и даже дѣлаетъ робкіе шаги на международномъ рынкѣ. Своевременно поставить вопросъ о томъ, не достигнуты ли уже тѣ цѣли, которыя преслѣдовались таможеннымъ покровительствомъ и не пора ли подвергнуть пересмотру таможенный тарифъ въ смыслѣ его пониженія. Конечно, промышленники будутъ утверждать, что для этого еще не наступила пора и что русская промышленность еще не въ состояніи выдержать соперничество иностранцевъ. Однако, въ дѣлахъ національной важности и общенароднаго значенія нельзя руководиться однимъ голосомъ заинтересованныхъ группъ. Слѣдуетъ обратиться къ нелицепріятному свидѣтельству фактовъ и цыфръ. Изслѣдованіе отраслей промышленности, пользующихся таможеннымъ покровительствомъ раскрываетъ намъ результаты этого покровительства. Въ однихъ случаяхъ производства развились, окрѣпли, технически прогрессируютъ; здѣсь вполнѣ возможно начать постепенное и осторожное пониженіе пошлинъ. Въ другихъ областяхъ промышленности констатируется безплодность и безнадежность протекціонныхъ усилій; это даетъ еще большія основанія къ пониженію пошлинъ, какъ не принесшихъ тѣхъ результатовъ, которыхъ отъ нихъ ожидали.

Такимъ образомъ изученіе исторіи русской таможенной политики приводитъ насъ къ заключенію, что пора приступить къ осторожному и постепенному пониженію нашего высокаго, почти запретительнаго таможеннаго тарифа.

Къ современному возрожденію идеи естественнаго права.

С. М. Левина.

«...Wir können in der Entstehung der *Civilpolitik* eine *Wiedergeburt des Naturrechtes* erblicken»...

Leo v. Petrazycki.

I.

Житейскія потребности, практическіе интересы опредѣляютъ собою возникновеніе всякой научной дисциплины. Практическія цѣли, которыя она преслѣдуетъ, оказываются въ началѣ ея развитія, а подчасъ и позже, рѣшающими для выдѣленія и группировки тѣхъ или иныхъ элементовъ подлежащей изученію дѣйствительности и построенія ея ученій. Юриспруденія не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія; напротивъ— на ея судьбахъ и развитіи всего легче можно прослѣдить тѣсную связь, существующую между наукой и потребностями житейской практики.

Юриспруденція очень древняя наука и ученая профессія. «Существованіе и развитіе ея—характерный спутникъ правовой жизни уже на такихъ ступеняхъ развитія культуры, когда о появленіи и развитіи научно-теоретическаго знанія и изслѣдованія, о добываніи и разработкѣ научнаго свѣта ради него самаго, ради знанія и объясненія явленій еще нѣтъ и не можетъ быть рѣчи» [1]). Специфическій характеръ права, его своеобразное психологическое строеніе, съ кото-

---

[1]) *Л. І. Петражицкій.* Теорія права и государства. Спб. 1907, т. I, стр. 214.

рымъ связаны его соціально-организующія функціи, вызвали появленіе и ранній расцвѣтъ юриспруденціи, какъ профессіи и науки. Болѣе или менѣе удачное содѣйствіе со стороны юриспруденціи удовлетворенію вызвавшей ея появленіе потребности въ развитіи однообразнаго, независимаго отъ индивидуальныхъ мнѣній и отклоненій, шаблона устойчивыхъ нормъ, координирующихъ поведеніе людей и устраняющихъ конфликты правосознанія, обезпечивало ей успѣхъ [1]). Но въ этой полной великаго культурнаго значенія и достойной глубокаго интереса и изученія роли юриспруденціи, въ этой житейски-практической функціи ея лежитъ корень той теоретической ея отсталости, которая характерна для нея до послѣдняго времени и стала уже притчей во языцѣхъ. Практика затмевала до послѣдняго времени всѣ пути ея теорій, профессіонализмъ сковывалъ всѣ ея построенія [2]). Отдѣльныя теоретическія положенія юриспруденціи лишь случайные придатки къ ея практикѣ. И тогда, когда эти теоретическія положенія научно-удовлетворительны, они все же *логически случайны*, какъ результаты неметодическаго и нетеоретическаго изслѣдованія, сводящагося къ исканью ощупью; они лишь «мнѣнія» о правѣ, но не понятіе его и знаніе о немъ, если воспользоваться выраженіемъ Гегеля [3]).

Оставаясь въ плоскости вѣками опредѣленнаго традиціоннаго, житейски-практическаго направленія ученій юриспруденціи, не видишь смыкающаго ихъ круга и его центра: истинный характеръ ученій остается совершенно непонятнымъ. Необходимо подняться на нѣкоторую высоту, преодолѣть традиціонныя представленія, чтобы уразумѣть истинный смыслъ ученій. Только психологическая теорія права, преодолѣвая обычный догматизмъ и профессіона-

---

[1]) Мы здѣсь совершенно не затрагиваемъ вопроса, съ какой степенью сознательности юриспруденція выполняла эту миссію.

[2]) Основательно и объективно это выяснено въ названномъ трудѣ Л. I. Петражицкаго.

[3]) *Hegel.* Philosophie des Rechts. (Werke. Bd. VIII). Berlin, 1833, S. 9: ...«der wahrhafte Gedanke ist keine Meinung über die Sache, sondern der Begriff der Sache selbst.

лизмъ юриспруденціи, даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ ключъ къ уразумѣнію «практики» ея «теоріи» [1]).

Смѣна школъ и направленій въ области юриспруденціи не представляетъ собою, въ связи съ указаннымъ выше, смѣны теорій и теоретическихъ положеній. Послѣднія, поскольку о нихъ вообще можно говорить, выдвигались лишь постольку, поскольку ими обосновывалась та или иная практическая потребность. Запросы практики опредѣляютъ — и часто за спиною школъ, какъ закулисный факторъ—не только смѣну направленій, но и самое *содержаніе* новыхъ ученій. Смѣна—наиболѣе принципіальная—всего чаще выражалась въ лозунгахъ «положительнаго» и «естественнаго» права, и юриспруденція шла, культивируя то одно, то другое направленіе, какъ идейное выраженіе своей практики.

«Историческая школа» юристовъ не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія. Практико-политическая тенденція стояла у ея колыбели. Если по своему содержанію, по тѣмъ положеніямъ, которыя она выдвинула, она чрезвычайно далека отъ школъ «естественнаго права» XVIII вѣка, то по внутренней своей тенденціи она находилась въ полномъ съ ней согласіи: не «теоретическія», ирраціональныя по существу положенія о «народномъ духѣ», «органическомъ правообразованіи», а возможныя заключенія изъ нихъ, практическіе выводы—бывшіе фактически не столько выводами, сколько *догматически-аксіоматическими предпосылками* для творцовъ этихъ доктринъ—обезпечили ей успѣхъ и широкое распространеніе.

«Крушеніе великой революціи было вмѣстѣ съ тѣмъ крушеніемъ естественнаго права» [2]), залогомъ успѣха

---

[1]) Въ противоположность этому исключительно практическій характеръ юриспруденціи особенно подчеркиваетъ Г. Еллинекъ. Онъ считаетъ право по преимуществу явленіемъ жизненнымъ и практическимъ. Ср. *Georg Jellinek* въ System der subjektiven öffentl. Rechte, 2 Aufl 1905, S. 15—16: «Die Jurisprudenz will und kann nicht ein Naturdasein erkennen, *nicht Naturgesetze, die mit unwiderstehlicher Macht wirken, konstatieren, sondern ihre Aufgabe ist es Normen zu erfassen...*, die ein Sollen zum Inhalt habenden Regeln, welche das praktische Leben des handelnden Menschen beherrschen»...

[2]) *I. А. Покровскій*, Естественноправовыя ученія въ исторіи гражданскаго права. Спб. 1909 г., стр. 34.

исторической школы. Естественноправовыя доктрины XVIII вѣка покоились на безграничной вѣрѣ въ сознательную міроустрояющую силу разума и личности. Личности былъ противоставленъ ею безличный «народный духъ», вѣрѣ въ силу разума—невѣріе, идеѣ свободы—необходимость [1]). Историческая школа явилась заключительнымъ аккордомъ въ концертѣ общеевропейской реакціи противъ идей революціи, послѣднимъ наиболѣе сильнымъ и звучнымъ аккордомъ [2]).

П р а к т и ч е с к і й к о н с е р в а т и з м ъ—основной мотивъ школы, ея «критическихъ» тенденцій. Критика является ея оружіемъ, начиная съ родоначальника Г у с т а в а Г у г о, притомъ критика особаго типа: критику п р а в а замѣняетъ к р и т и к а всемогущаго р а з у м а во имя... признанія и преклоненія предъ сущимъ, какъ оно есть. «Скептицизмъ относительно разумности существующаго переходитъ у Гуго въ скептицизмъ относительно существованія разума. Онъ примыкаетъ къ эпохѣ просвѣщенія, онъ не видитъ ничего разумнаго въ позитивномъ, но лишь для того, чтобы не видѣть ничего позитивнаго въ разумномъ. Онъ думаетъ, что изъ позитивнаго вытравили всякій признакъ разумности для того, чтобы признать позитивное, не смотря на всякое отсутствіе разума; онъ думаетъ, что уничтожены фальшивые цвѣта на цѣпяхъ для того, чтобы носить настоящія цѣпи безъ всякихъ цвѣтовъ» [4]). Опороченное въ глазахъ разума превозносилось въ глазахъ исторіи, и ф а к т ъ существованія сталъ послѣдней инстанціей, к р и т е р і е м ъ ц ѣ н н о с т и, разумности правовыхъ установленій для позднѣйшихъ преемниковъ школы. Т и б о, идейный противникъ новаго курса, послѣдній крупный представитель раціонализма XVIII вѣка, намѣтилъ въ борьбѣ съ возникавшей школой и ея «кри-

---

[2]) *Savigny*. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), 3-te Aufl. S.S. 8—15. Die Entesthung des positiven Rechts.

[3]) Она заканчиваетъ начатое «теократической школой» и прусской реакціей идейное движеніе (Сенъ-Мартенъ, де-Местръ, Боннальдъ во Франціи, Галлеръ, Юстусъ Мозеръ и «романтики» въ Германіи).

[4]) *Карлъ Марксъ*. «Философскій манифестъ исторической школы». Русск. перев. въ I т. «Литературн. насл.», стр. 241.

тическими» стремленіями эту основную «философскую» тенденцію оправданія фактомъ [1]).

«Пусть историческая школа и не была столь реакціонной, какъ это представляется многимъ, но все же она выдвинула юристамъ главный тезисъ: «смотри назадъ» и этимъ способствовала преклоненію передъ многимъ, отжившимъ свой вѣкъ и не соотвѣтствующимъ требованіямъ прогрессирующей жизни» [2]). Съ этимъ нельзя не согласиться. Смотрѣть назадъ, отображать, но не творить, производить—становится, какъ выраженіе реакціонной практики, общей цѣлью и лозунгомъ и догматической школы юриспруденціи, воспитанной на традиціяхъ и догматахъ исторической. На догматическомъ ложѣ оффиціальнаго («позитивнаго») права отдыхаетъ отъ революціонныхъ бурь и реформистскихъ стремленій «XVIII вѣка» гордая въ своей приверженности старинѣ и «силѣ» юриспруденція. Политика была похоронена во имя самодержавія догматики не въ одной только области частнаго права, на которую были непосредственно направлены удары исторической школы,— и юриспруденція отказалась отъ части своихъ историческихъ правъ и обязанностей, отъ руководительства развитіемъ права и культуры. Узкій, чуждый критики, догматизмъ господствуетъ по всей линіи.

Обвиненія въ квіэтизмѣ совершенно безсильны были измѣнить положеніе дѣлъ. Ф. Кирхманъ не только бросилъ упрекъ и обвиненіе современной ему догматикѣ; его упреки по ея адресу—вмѣстѣ съ тѣмъ прекрасная объективная характеристика ея [3]). «Dies eben ist das klägliche der Jurisprudenz, das sie die Politik von sich aussondert, das sie sich damit unfähig erklärt, den Stoff, den Gang der neuen Bildungen zu beherrschen

---

1) Ср. *Thibaut.* Ueber die sogenannte Historische und Hichthistorische Rechtsschule. Archiv f. civilistische Praxis, Bd. XXXIII, (1838) s.s. 402—403, 408—409. Ср. также данную *К. Марксомъ* характеристику исторической школы во Введеніи къ критикѣ фил. права Гегеля (1844), перев. П. Лаврова, новое изд. Спб. 1906, стр 33.

2) *Чубинскій.* Очерки уголовной политики. 1905, стр. 75.

3) Свою критику юриспруденціи, какъ *науки*, и ея дѣятельности *Кирхманъ* изложилъ въ извѣстной брошюрѣ: «Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz, als Wissenschaft» *1848*, представляющей перепечатку его рѣчи.

oder auch nur zu leiten. Das Fundament legen, den neuen Bau kräftig an die Höhe führen, das können die Juristen nicht. Aber wohl, wenn der Bau fertig ist, da kommen sie wie die Raben, zu tausenden, und nisten in allen Winkeln und messen die Grenzen und Dimensionen bis auf Zoll und Linie... Ich suche eifrig und was ich finde sind Formulare zu Rechtsgeschäften und Processhandlungen; eine Menge von Verwarnungen, Formeln und Klauseln... Dagegen sucht man vergebens nach einer Hülfe, nach einer Leitung der Wissenchaft an den Orten, wo es wahrhaft Noth thut, bei der Fortbildung des Rechts im Allgemeinen» [1]).

Но къ этимъ упрекамъ Кирхмана остались совершенно глухи державные представители юриспруденціи. Подъ знаменемъ практической безпринципности стоитъ вся вліятельная юриспруденція второй половины девятнадцатаго вѣка, «служанка законодательства», какъ назвалъ ее В и н д ш е й д ъ, все мечтавшій о коронѣ для служанки. Корона еще сильнѣе подчеркивала бы несоотвѣтствіе между истиннымъ царственнымъ призваніемъ юриспруденціи и ея фактической ролью слуги...

Первый проектъ новаго германскаго гражданскаго уложенія (B.G.Б.) 1888 г. и мотивы къ нему явились прекраснымъ показателемъ п р и н ц и п і а л ь н о й безпомощности юриспруденціи, въ которой упрекалъ Кирхманъ. Если не были призваны къ законодательству, по мнѣнію Савиньи, его современники, то еще менѣе, быть можетъ, были призваны къ этому вѣрные его послѣдователи и ученики. «Составители I проекта B.G.B. были слишкомъ вѣрными учениками современной имъ науки, и здѣсь не могло вырасти необходимое.. свободное критическое чутье въ отношенія къ обычнымъ, унаслѣдованнымъ мнѣніямъ и учрежденіямъ». Мотивы, по удачной характеристикѣ Г ö л ь д е р а, занимаются исключительно толкованіемъ закона и чрезвычайно мало обоснованіемъ с о д е р ж а н і я его [2]). Немногимъ лучше въ

---

[1]) Н. с., стр. 41.
[2]) *Prof. Paul Oertmann.* Rechtswissenschaft und Rechtspolitik. «Preussische Jahrbücher». 1897. 88 Band, s. 209.

смыслѣ принципіальности обосновывающіе мотивы II проекта, охарактеризованнаго проф. Петражицкимъ, какъ «хрестоматія цивильно-политическихъ ошибокъ» [1]). Для такой принципіальности и не могло быть мѣста тамъ, гдѣ въ ней видятъ нѣчто ненужное и лишнее, гдѣ безпринципность (да еще судопроизводственное удобство) возведена въ принципъ. Пренебрежительное отношеніе ко всякой критикѣ (дѣлу «профановъ») дѣйствительности тѣсно соединено съ догмой, что юриспруденція вѣдаетъ лишь технику законодательства (редакціонную технику), не касаясь совершенно содержанія нормъ, ихъ «матеріи» [2]).

Политическій квіэтизмъ, выраженіе глубокаго консерватизма въ отношеніи къ существующему является, въ свою очередь, главной причиной того извращенія юридическаго метода, блестящую характеристику котораго далъ проф. Л. I. Петражицкій [3]). Глубокая пропасть, образовавшаяся между развившейся правовой жизнью и старымъ наслѣдствомъ, лозунгами (манчестерской) косной юриспруденціи и явилась пружиной «тѣхъ шутовскихъ выходокъ, которыя юристы заставляютъ юридическую логику продѣлывать на публичной аренѣ» [4]). Дорогою цѣною безплодія, безпринципнаго всеоправданія, оборотной стороны индифферентности и политическаго квіэтизма, и связанной съ ними непопулярности (на послѣднюю жаловались юристы очень сильно), была куплена по истинѣ Пиррова побѣда надъ школой «естественнаго права», стремившейся—пусть и не вполнѣ удачными путями—къ направленію, веденію права и культуры. Поскольку и появлялась смутная тоска по прежней роли юриспруденціи, она умирала, не успѣвъ перейти въ лозунгъ, въ реальное требованіе коренной ломки сложившихся догматическихъ традицій. Дальше

---

[1]) Объ этомъ см. *L. v. Petrazycki.* «Die Lehre vom Einkommen». II Band Anhang (Entwurf II, Civilpolitik und politische Oekonomie) passim.

[2]) Таковы утвержденія *Лотмара, Бринца, Гольдера, Виндшейда,* ср. *P. Oertmann,* цит. статья, стр. 203, прим.

[3]) «Модные лозунги юриспруденціи». Прилож. къ I изданію 1897 г. «Bona fides въ гражданскомъ правѣ».

[4]) *Л. I. Петражицкій.* «Модные лозунги юриспруденціи», стр. 387.

идеи защиты «достойныхъ защиты (!) интересовъ», которой можно было все оправдать въ сущности, не пошелъ и геніальный Рудольфъ Іерингъ, всего болѣе, можетъ быть, содѣйствовавшій этимъ лозунгомъ процвѣтанію безпринципности.

II.

Какова же та критическая теорія, посредствомъ которой во имя самодержавія единаго «позитивнаго» права была похоронена идея естественнаго права и преодолѣнъ дуализмъ, который ею вносился?

Анализъ некритическихъ предпосылокъ этой теоріи вскроетъ нетеоретическій характеръ критики и мнимое преодолѣніе дуализма позитивнаго и естественнаго права.

«Всякое представленіе о правѣ,—говоритъ *Бергбомъ*—которое не должно быть идентично съ позитивнымъ во всякомъ положеніи, институтѣ—и должно... притязать... на роль какого-то правового мѣрила правовой жизни—является по самому существу своему естественноправовымъ [1]). Такое «естественное» право вовсе не право: *«по самому своему существу право одно; понятіе его едино; принимая двоякаго рода право, искажаютъ его понятіе и впадаютъ въ научный смертный грѣхъ»* [2]). Вѣковой дуализмъ «естественнаго» и «положительнаго» права несостоятеленъ, ибо есть только одно позитивное право; оно не видъ права наряду съ другими, а идентично съ самимъ понятіемъ права. «Съ сознательнымъ плеоназмомъ» слѣдуетъ называть «позитивнымъ» всякое право любого *источника и формы*, которое только является въ строго юридическомъ смыслѣ правомъ». Присоединеніемъ этого вынужденнаго слова (Nothwort) создается возможнсть предостеречь отъ примѣси представленія въ качествѣ права какого-ни-

---

1) Karl Bergbohm—Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. I Band. Leipzig 1892, s. 140.
2) Ibid, 109.

будь естественнаго, разумнаго, идеальнаго и т. п. права [1]).

Таково «монистическое» понятіе права, которымъ такъ называемое естественное право, а съ нимъ и соотвѣтственныя ученія объявляются плодомъ недоразумѣнія, низводятся на степень «небытія». Эти положенія «философіи позитивнаго права» своего рода communis opinio doctorum догматической юриспруденціи, нетронутой новыми вѣяніями.

«Монизмомъ» устраняется не только право на существованіе въ будущемъ за естественноправовыми доктринами, но съ его помощью вся прошлая ихъ исторія, вѣковой дуализмъ позитивнаго и естественнаго права, объявлены недоразумѣніемъ, какой то «міровой ошибкой» [2]). Но признаніе опредѣленнаго явленія дѣйствительности недоразумѣніемъ, ошибкой ни на шагъ не подвигаетъ въ пониманіи явленія, факта [3]). Не будучи, однако, въ состояніи упразднить, фактъ «философія положительнаго права» *безсильна въ объясненіи его.* Критика ея положеній должна вслѣдствіе этого перейти въ анализъ посылокъ философіи, основы ея безсилія «овладѣть» фактами. Случайность фактовъ можетъ оказаться лишь отраженіемъ логической случайности посылокъ «философски декретирующей теоріи».

Помимо профессіонализма, который портитъ отдѣльныя понятія юриспруденціи и ея философіи [4]), на критику «естественнаго права» въ сильнѣйшей степени повліяло смѣшеніе ею теоретической и практической точекъ зрѣнія, внесеніе въ теорію, къ которой она стремится, практики, аналогической практикѣ... отвергаемыхъ ею ученій. Теоретическая позиція историче-

---

[1]) Ibid, 51.

[2]) Ср. Ibid. 109.

[3]) Въ этомъ отношеніи «философія положительнаго права» и вообще «современная юриспруденція недалеко ушла отъ тѣхъ, которые дѣлятъ религіи на истинныя и ложныя, что, конечно, a priori дѣлаетъ невозможнымъ историческое пониманіе всей совокупности религіозныхъ явленій». *Георгъ Еллинекъ.*—Общее ученіе о государствѣ, русск. перев., 2-ое изд., стр. 256.

[4]) На профессіонализмѣ мы не останавливаемся подробнѣе, такъ какъ намѣчаемъ здѣсь лишь основныя положенія, а не вдаемся въ критику.

ской и ея преемницы—догматической школы—какъ бы это ни казалось страннымъ—по своему существу, въ конечномъ итогѣ, опредѣляется основной тенденціей естественноправовыхъ ученій, которыя ими безповоротно отвергались. Различіе содержаній не измѣнило основного логическаго характера ученій. Это могло остаться внѣ сферы сознанія новаго направленія: довольно обычно и психологически понятно явленіе въ исторіи мысли, что, расходясь съ опредѣленнымъ ученіемъ въ выводахъ и ихъ содержаніи, противники его въ послѣднихъ, отъ нихъ же самихъ скрытыхъ, и лишь позже раскрываемыхъ логическихъ цѣляхъ не порвали съ нимъ. Новыя положенія глубоко уходятъ въ существующія научныя традиціи, вростаютъ въ нихъ совершенно незамѣтно для приверженцевъ новаго направленія, и лишь послѣдующее развитіе, когда намѣчаются совершенно новые пути для науки, приноситъ осознаніе этого явленія, знаніе точекъ соприкосновенія, не смотря на различіе.

Поскольку критика не является сознательнымъ методическимъ разрывомъ съ прошлымъ, она всегда примыкаетъ къ основному направленію критикуемыхъ ученій, лишь подновляя ихъ содержаніе, не внося коренного методическаго измѣненія.

Таково, въ сущности, положеніе исторической школы и ея преемницы—догматической въ отношеніи къ школѣ естественнаго права и ея практической тенденціи.

Естественноправовыя ученія (мы можемъ *пока* примыкать къ обычному словоупотребленію, ибо противъ «такъ называемыхъ» естественноправовыхъ ученій была направлена критика исторической и догматической школы; нашъ анализъ не разойдется потому съ «понятіями» критикуемаго нами направленія и не минетъ цѣли) въ стремленіи указать идеалы и идеальныя цѣли, которыя должно преслѣдовать право, устанавливали опредѣленные «источники» права, видя ихъ въ человѣческой природѣ, разумѣ, свободѣ и т. д. Происхожденіе права изъ этихъ «источниковъ» являлось основаніемъ его разумности, «естественности». *Вопросъ о цѣнности*, *желательности* права, его соот-

вѣтствія идеалу *подмѣнялся вопросомъ о «генезисѣ»*, сводился къ проблемѣ «происхожденія» права, къ его «источнику», который конструировался (ибо только наивныя конструкціи спасаютъ наивные методы) разно въ зависимости отъ идеаловъ школъ. «Источникъ» являлся освящающимъ содержаніе правовыхъ положеній началомъ, принципомъ, указывающимъ правомѣрность опредѣленнаго права, его «естественность», какъ соотвѣтствіе практическому идеалу.

Историческая школа примкнула по существу *къ этой практической тенденціи естественноправовыхъ ученій, поскольку* она *противоставила себя имъ* Измѣненіе *содержанія «источника»* явилось *преодолѣніемъ ею индивидуалистическаго раціонализма* этихъ ученій, но *не ихъ практическаго направленія. «Народный духъ»*, всеобщее сознаніе *явились началами, освящающими право, въ противоположность отрицающему индивидуальному разуму.* Происхожденіе изъ народнаго духа, «какъ изъ источника» должно было обезпечить положительную цѣнность праву, отвергаемому «субъективистическими» построеніями старой школы естественнаго права XVIII вѣка. *Надъ* правосознаніемъ индивида, которое являлось опорной точкой ученій XVIII вѣка, была поставлена надъиндивидуальная сущность, мистическое единство народнаго духа, какъ правоосвящающее мѣрило. Такова въ сущности основная практическая идея Савиньи-Пухты [1]) являющаяся основной предпосылкой практической философіи исторической школы [2]).

Только эту практическую философію она и смогла противоставить естественноправовымъ уче-

---

[1]) Литературныя подтвержденія развитыхъ положеній см. у *П. Новгородцева.* Историческая школа юристовъ. 1896, особ. ст. 96—99, 99—103, 104—115, *Bergbohm'a*—op. cit. S. 480—531 (особ 499—500) и *Seitz'a*—«Die praktische Rechtsschule im Entwiklungskamfe mit d. bisherigen histor. u. s. w. Schul». München, 1895, s. 582.

[2]) О нѣкоторыхъ выводахъ, сдѣланныхъ въ этомъ направленіи *Beseler'омъ* ср. *Bergbohm,* н с., стр. 500, прим. 25. Историческая школа воздержалась вслѣдствіе своего политическаго консерватизма отъ выводовъ и развитія своего практическаго принципа, который могъ повести къ революціоннымъ послѣдствіямъ. Объ этомъ Lassalle. System der erworbenen Rechte, 1861, I B., S. 195 u. Vorrede S. VIII

ніямъ и ихъ практикѣ, а не свой научно-теоретическій историзмъ. Какъ научно теоретическій методъ обработки дѣйствительности, историзмъ, оставаясь вѣрнымъ своей основной задачѣ разворачивать временныя событія въ опредѣленные причинно-генетическіе ряды, совершенно не касается практико-критическихъ проблемъ естественноправовыхъ ученій. Не таковъ историзмъ «исторической школы». Онъ долженъ былъ служить не столько теоріи, сколько практикѣ, доказательству происхожденія опредѣленныхъ институтовъ права изъ «народнаго духа» и «народнаго правосознанія»,—этому практическому принципу школы [1]). Не только «правильное право» и «правоощущеніе народнаго духа» одно и то же [2]) для исторической школы,—но при невыдѣленности вопроса о правильности права, какъ отдѣльной проблемы, предполагающей наличность теоретическаго понятія права—*правильное право совпадаетъ съ правомъ вообще и единое право—это «правильное» право «народнаго духа»*. Этимъ путемъ практическаго утвержденія новаго принципа, который исторически превратился, благодаря своей неопредѣленности, въ безпринципность, впервые достигнутъ практическій «*монизмъ*», съ помощью котораго могли быть вычеркнуты и зданы въ архивъ такъ называемыя естесвенноправовыя ученія съ ихъ «естественнымъ правомъ». «*Ложной» практикѣ была противоставлена «истинная»*, но *ни пониманіе* естественноправовыхъ ученій, *ни* побѣда надъ ихъ практическимъ существомъ, его *преодолѣніе* не были этимъ достигнуты—да и не могли быть достигнуты на пути подобной «теоріи» и «методовъ» [3]).

---

[1]) Мы здѣсь можемъ сослаться на авторитетъ *Stahl'я*, утверждающаго въ своей «Geschichte der Rechtsphilosophie», 2 Aufl. 1847, стр. XXI, что истинное существо исторической школы нельзя видѣть въ ея взглядахъ на *фактическое* происхожденіе права; оно заключается во взглядѣ на этическое—какъ *должно* образовываться право, *какое оно должно имѣть содержаніе, чтобы быть правомъ*».

[2]) *R. Stammler*. Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902, стр. 149—151.

[3]) Побѣда исторической школы явилась побѣдой *ея практики*. Въ этомъ отношеніи ея удары были крайне ощутительны. Методологическій ея критицизмъ, критическое «преодолѣніе» практики очень слабы. Въ этомъ отношеніи нельзя не подписаться подъ положеніе *Штаммлера*—(«Ueber die Methode d. gesch. Rechtstheorie» s. 35): «Nicht Schwertschlage sind es, welche die Historische Schule dem Naturrecht versetzt, sondern Nadelstiche und Scheltworte».

Реакціонная практика (переходящая въ индефферентизмъ)—основа «теоретическихъ» преодолѣній и монистическихъ построеній новой школы.

«Философія положительнаго права» идетъ далѣе по тому же пути. «Мистическія» опредѣлѣнія и понятія исторической школы замѣнены болѣе «трезвыми», «реалистическими» (въ согласіи съ направленіемъ германской реальной политики)

«Ходячее опредѣленіе гласитъ: право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ, и такое опредѣленіе, по моему мнѣнію, вполнѣ правильно... Только тѣ изъ нормъ заслуживаютъ названія правовыхъ, которыя влекутъ за собою государственное принужденіе. Этимъ implicite выражается, что... *государство есть единственный источникъ права»* [1]). Таково теоретическое исповѣданіе Іеринга. И въ полномъ согласіи съ этимъ знаменитымъ положеніемъ находится смыслъ вышеприведеннаго единаго понятія позитивнаго права «всякой формы и источника», являющагося единымъ правомъ (Бергбомъ). Обезпеченіе права—важнѣйшая жизненная функція государства, и оно является, такимъ образомъ, основнымъ его «источникомъ». *Вѣра* во всемогущество государства переходитъ въ «философіи положительнаго права» въ *практическій постулятъ:* право, какъ совокупность жизненныхъ условій общества, должно создаваться только государствомъ, организаціей принудительной власти Только тѣ нормы, которыя созданы государствомъ (во всякой формѣ: законъ, указъ, обычай, поскольку онъ признанъ закономъ) и являются правомъ— *въ* такое *экзистенціальное теоретическое сужденіе превращенъ затѣмъ постулятъ.* Такова схема длиннаго и окольнаго пути, который обычно продѣлываетъ «философія положительнаго права», чтобы достичь предмета своихъ долгихъ поисковъ—государства, какъ «источника» права и «теоретически» конституирующаго его элемента, и «монизма», уничтожающаго всякій дуализмъ

---

[1]) *Р. Іерингъ.* Цѣль въ правѣ. Т. I (русск. перев.), стр. 238.

въ правѣ. Тенденція исторической школы возводить «фактическое» на степень нормальнаго и нормативнаго, смѣняется у догматической философіи права тенденціей превращать нормативное въ фактическое, постулятъ въ теорію [1]. Въ томъ и другомъ случаѣ *«монизмъ» теоріи и понятія права является монизмомъ практическаго принципа, постулята, отвергающаго, какъ не сущее, съ нимъ несогласное.* Таковъ истинный смыслъ единаго и «монистическаго» понятія права *Бергбома*.

Этотъ практическій монизмъ безсиленъ привести къ познанію сущности отвергаемыхъ, «упраздняемыхъ» ученій. Случайныя въ его глазахъ ученія являются таковыми въ силу логической случайности практики въ наукѣ, претендующей на роль теоріи...

Въ своемъ практико-догматическомъ ослѣпленіи «философія положительнаго права» абсолютно не справилась со своей теоретической задачей *познанія* существа естественноправовыхъ ученій. Ея *монизмъ* не теоретическаго происхожденія и характера. Побѣда надъ дуализмомъ естественнаго и позитивнаго права была мнимой. Рожденіе новой психологической *теоріи* права вскрыло пути мнимой теоріи и ея кажущихся побѣдъ; оно явилось вмѣстѣ съ тѣмъ возрожденіемъ идеи естественнаго права, похороненной во славу побѣднаго «монизма».

III.

«Наука естественнаго права не была сама виновата въ своей гибели, а была продана за столько то серебрянниковъ и распята, чтобы со временемъ съ тѣмъ большею силою возстать изъ мертвыхъ» [2]. «Смертью

---

[1] На стремленіе *Іеринга* и его послѣдователей возводить практическое въ законы сущаго указываетъ и проф. *Л. І. Петражицкій*—«Введеніе въ изученіе права», изд. 1907 г., стр. 89, прим.

[2] *Rudolf Stammler*—«Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie. Festgabe z. B. Windscheids 50—er Doctorjubil. Halle 1888.

смерть поправъ», отрицая старыя осуществленія идеи естественнаго права, утверждая ея внутреннюю сущность, воскресла она въ связи съ критикой германскаго гражданскаго уложенія, съ именемъ котораго и связана ея смерть и рожденіе исторической школы. Проф. *Л. І. Петражицкому* принадлежитъ первенство въ этомъ «возрожденіи» идеи естественнаго права («Lehre vom Einkommen»), хотя первые крупные удары «историзму» были нанесены раньше *Рудольфомъ Штаммлером* [1]) въ годъ выхода въ свѣтъ «маленькаго Виндшейда» (какъ былъ названъ I проектъ B.G.B.).

Идея естественнаго права воскресла и, какъ живая этическая сила, воплотилась въ форму «политики права», «законодательно-политической юриспруденціи» (Менгеръ), «ученія о правильномъ правѣ» (Штаммлеръ). Родство и преемственная связь съ такъ называемыми доктринами «естественнаго права» нисколько не компрометирують ея, и она гордо поднимаетъ знамя прежняго дуализма естественнаго и положительнаго права въ цѣляхъ выполненія той высокой миссіи направленія законодательства и правовой жизни, которую выполнили—часто не вполнѣ сознательно—такъ называемыя естественноправовыя ученія. Возрожденіе идеи естественнаго права не означаетъ для современныхъ ея поборниковъ возрожденія старыхъ ученій и ихъ ошибокъ, а лишь той идеальной цѣли—не всегда осознанной и не всегда осуществленной—которая, какъ внутреннее стремленіе, была имъ всегда присуща и составляла ихъ непреходящую цѣнность, не смотря на научную несостоятельность ихъ построеній съ точки зрѣнія современнаго научнаго сознанія.

Въ современномъ возрожденіи идеи естественнаго права съ самаго начала намѣтились черты, достойныя особеннаго признанія и глубокаго вниманія.

Политика права не посягала съ самаго начала на освященныя вѣками и вполнѣ раціональныя по суще-

---

[1]) *Проф. Л. І. Петражицкій.* Предисловіе и введеніе въ науку политики права. (Кіевскія Университ. Извѣстія. 1896 г. кн. VIII, стр. XXXXII.

ству права догматической и исторической юриспруденціи, признавъ самостоятельность этихъ дисциплинъ и подчеркивая вмѣстѣ съ тѣмъ независимость своихъ задачъ, какъ научной дисциплины, отъ ихъ результатовъ и цѣлей. Политика права сразу опредѣлилась какъ наука, систематически обнимающая всю область права съ точки зрѣнія того, что должно быть, въ противоположность наукѣ дѣйствующаго, положительнаго права [1]). Созданіе особой науки, принципіальной задачей которой является критическое разсмотрѣніе права, вмѣстѣ съ тѣмъ освобождаетъ догму права отъ того «критическаго» перетолковыванія источниковъ «согласно интересамъ», къ которымъ она прибѣгала (см. выше), стремясь заполнить ненормальное отсутствіе критической, правнополитической дисциплины. Созданіемъ критической самостоятельной дисциплины достигается, такимъ образомъ, и очистка догматики отъ порчи ея методовъ и привнесенія чуждыхъ ей по существу элементовъ.

Далѣе, особенно цѣнно обращеніе критической юриспруденціи (политики права) къ вопросамъ гражданскаго права.

Гражданское право регулируетъ важнѣйшія стороны общественной жизни, образуетъ фундаментъ всего соціальнаго строя. По сравненіи съ нимъ вопросы публичнаго права играютъ, пожалуй, даже второстепенную роль [2]). Фундаментъ заложенъ глубоко, и научно невооруженный глазъ не замѣчаетъ сразу, что вокругъ институтовъ гражданскаго права сосредоточена, главнымъ образомъ, соціальная борьба современности, такъ называемый «соціальный вопросъ». Устраненіе критическихъ политическихъ моментовъ изъ разсмотрѣнія этой области права означаетъ соціальный консерватизмъ, и имъ въ сущности была проникнута вся цивилистическая литература, для которой послѣдней модой являлось то, что вышло изъ моды въ столицахъ иныхъ

---

1) Ibid. стр. XXXI—XXXII.
2) L. v. Petrazycki, «Lehre v. Einkommen», II, 469—470.

странъ науки (напр. манчестерство) и отжило свой вѣкъ [1]). Критическое направленіе юриспруденціи въ этой области, внесеніе ею новыхъ идей въ ветхую храмину гражданскаго права, потому то особенно цѣнно. Если политическая юриспруденція не остановится на полпути и будетъ содѣйствовать проведенію въ жизнь требованій новаго права,—ей будетъ принадлежать положеніе соціально реформирующаго начала, къ которому всегда стремились такъ называемыя естественно-правовыя ученія. При ея помощи многія истинно цѣнныя положенія и требованія современнаго правосознанія могутъ превратиться въ трезвыя юридическія понятія, войти въ законодательство и практику и дѣйствовать какъ начало, примиряющее антагонизмъ и конфликты, присущія современному либерально-капиталистическому строю. Изъ положенія слуги законодательства юриспруденція вернется черезъ «возрожденіе естественнаго права» къ подобающему ей положенію царственной науки, направляющей право, а не только копирующей его [2]). Новая психологическая теорія права, развитая проф. Л. І. Петражицкимъ, открываетъ въ этомъ направленіи особенно богатыя перспективы.

Познаніе психологической природы права, преодолѣніе проекціонной точки зрѣнія на право, какъ на внѣшнія, гдѣ-то существующія нормы, велѣнія и т. д. уничтожаетъ *традиціонный догматическій дуализмъ* позитивнаго и естественнаго права. Дѣленіе права на «позитивное» и «естественное» неудовлетворительно и шатко: непригодность и ошибочность *съ точки зрѣнія теоріи* дѣленія на позитивное, дѣйствующее, осуществленное и естественное, которое, какъ разумное, раціональное, должно быть осуществлено,—безусловны и не могутъ вызвать сомнѣній. Теоретическія понятія должны обнимать и обнимаютъ не только сумму соот-

---

1) Ср. *А. Менгеръ.* Гражданское право и неимущіе классы. Изд. «Просвѣщ.» стр. 7 и 20.

2) Въ противоположность прежней традиціонной индифферентности къ *содержанію* закона растетъ сознаніе особой важности этой проблемы. Ср., напр., *Zitelman.* Die Kunst der Gesetzgebung. 1904.

вѣтственныхъ существующихъ въ дѣйствительности предметовъ и явленій, а всѣ мыслимые, въ томъ числѣ и возможные въ будущемъ, желательные и т. п. предметы или явленія, разъ они обладаютъ опредѣленными признаками, конституирующими то или иное теоретическое понятіе. Но *этимъ* единымъ истинно теоретическимъ понятіемъ права, какъ опредѣленнаго явленія психическаго порядка, обладающаго своеобразной природой и структурой, совершенно не упраздняется правомѣрность разсмотрѣнія тѣхъ или иныхъ правовыхъ формъ и образованій съ точки зрѣнія ихъ пригодности и соотвѣтствія основному правовому идеалу,—политическое разсмотрѣніе права. Вмѣсто прежняго *догматическаго дуализма*, который переносилъ на объектъ методъ и способъ его разсмотрѣнія, превращая ихъ въ свойство самаго объекта («естественное» право),—получаетъ право гражданства *критическій дуализмъ методовъ* разсмотрѣнія права: теоретическаго и критически-практическаго (правнополитическаго). Единый объектъ можетъ и долженъ быть разсмотрѣнъ не только чисто познавательно (теоретически), но и подлежитъ анализу со стороны пригодности и соотвѣтствія тѣмъ или инымъ основнымъ идеальнымъ правовымъ цѣлямъ. Единое понятіе права, монизмъ теоріи не поглощаетъ практической научной задачи, которая не покрывается чисто теоретическимъ разсмотрѣніемъ, какъ то полагала въ своемъ нетеоретическомъ увлеченіи философія позитивнаго права.

Познаніе природы права, его дѣйствія, какъ явленія индивидуальной психики, и соціальнаго значенія, какъ координирующаго массовое поведеніе начала, приноситъ уничтоженіе еще одного традиціоннаго противопоставленія. Вокругъ идеи личности и идеи общества, цѣлаго, инливидуальной свободы и общественной гармоніи, какъ идеальныхъ цѣлей права, его освящающихъ, дѣлающихъ его «естественнымъ»—вращается вся правно-философская спекуляція вѣковъ, полагая то одну, то другую предопредѣляющимъ центромъ системъ. Какъ совокупность «внѣшнихъ нормъ», право должно найти свое обоснованіе либо въ идеѣ «личности», либо

въ идеѣ «общества». Эти два понятія одинаковой формы реальности для наивно-теоретическаго сознанія. Поскольку не опознано, что право есть явленіе индивидуальной психики, и всевозможныя психическія связи, координированныя системы правовыхъ переживаній индивидовъ и массъ конституируютъ собою общество (государство, въ зависимости отъ состава переживаній),—общесво, параллельно «внѣшнимъ», «реально» существующимъ нормамъ,—реальный внѣшній объектъ, реальность наряду и надъ составляющими его личностями, нѣкоторое надъиндивидуальное мистическое существо. Иначе обстоитъ дѣло съ точки зрѣнія теоріи, порывающей съ традиціоннымъ проекціонизмомъ. Для подобной теоріи индивидъ и общество взаимновосполняющіе элементы въ подлинномъ смыслѣ слова, ибо самое общество не представляетъ собою внѣшнюю (проекціонную) реальность; реальны только общественныя связи, взаимоотношенія, какъ опредѣленныя переживанія индивидуальнаго сознанія. Если нѣтъ общества в н ѣ индивидуальныхъ сознаній, то такимъ образомъ проблемы общественнаго идеала и идеальной «свободной» личности совпадаютъ и являются единой проблемой развитія идеальнаго *содержанія* правового сознанія личности, проблемой ея соціальнаго воспитанія, педагогики. Изъ области внѣшняго «регулированія» право водворяется на свое настоящее мѣсто, и вмѣстѣ съ теоретически адэкватнымъ ученіемъ о правѣ создается и возможность опредѣленія его идеаловъ, цѣлей, которыя были бы вполнѣ адэкватны его существу.

Психологическая теорія права оказываетъ громадное вліяніе въ другомъ направленіи: ею создается возможность методическаго, техническаго (практически-прикладнаго) ученія о правѣ. «Политика права», въ обрисовкѣ проф. Л. І. Петражицкаго, имѣетъ въ виду подобную технику. Созданіе и методическое развитіе техники, взамѣнъ безсознательнаго эмпирическаго исканія, характернаго для естественно-правовыхъ ученій, стало мыслимымъ и возможнымъ лишь при наличности развитой теоріи, которая даетъ тѣ законы существующаго, при помощи которыхъ находятся надлежащія

средства для достиженія опредѣленныхъ, полагаемыхъ идеальною цѣлью, результатовъ, эффектовъ.

Естественно-правовыя ученія безсильны были въ этой области сознательнаго творчества, вполнѣ раціональнаго веденія правового развитія [1]). Словами Ансельмана Фейербаха [2]) можно бы сказать про то богатство идей, которыя они внесли:... «И принципы чистой спекуляціи имѣютъ свою цѣнность; *но сами по себѣ они еще не обогащаютъ.* Между идеями разума и явленіями дѣйствительности простирается глубокая пропасть, надъ которой можетъ построить прочный мостъ только рефлексія, опытъ и наблюденіе. Идеи—свѣтлое непреходяще созвѣздіе, указывающее путь, по которому слѣдуетъ итти; но безъ судна и руля при незнаніи моря не достигаютъ цѣли».

При всемъ своемъ богатствѣ идей, естественно-правовыя ученія лишены были того глубокаго знанія права, которое принесла психологическая теорія. Безсознательно эмпирически отыскиваются поэтому ими средства къ идеалу. Отраженія, одностороннія тѣни часто затмеваютъ его истинное существо. Новое правно-политическое ученіе преодолѣваетъ это безсиліе, опираясь на систематически развитую теорію, которой было лишено прошлое.

Если исторически путь научнаго исканія идеаловъ права лежитъ *черезъ* естественноправовыя ученія, то современное состояніе научнаго сознанія выводитъ въ идеѣ политики права *за* нихъ.

Выводя за ихъ исторически обусловленныя осуществленія, идея политики права остается вѣрна ихъ непреходящей сущности, основной цѣли. Это возрожденіе есть, такимъ образомъ, и преодолѣніе естественнаго права, его наивныхъ конструкцій, и возведеніе его на степень *науки*. Созданіе и развитіе этой науки дѣло коллективнаго творчества будущаго, для котораго психологическое ученіе даетъ цѣннѣйшіе матеріалы.

---

[1]) Anselm Feuerbach—Kleine Schriften. Blick an die teutsche Rechtswissenschaft, s. 169.

[2]) См. *Л. І. Петражицкій.* «Введеніе въ изученіе права», стр. V—VII.

Лозунгъ «назадъ къ естественному праву» означаетъ возвратъ лишь къ его непреходящей сущности, идеѣ необходимости безусловной цѣли, идеала права; требованіе же научности превращаетъ этотъ лозунгъ въ новый: «durch das Naturrecht über das Naturrecht hinaus».

Форма брака въ частномъ международномъ правѣ.

(По поводу Указа Правит. Сената отъ 12 августа 1911 года и Циркуляра 2-го Д-та М. И. Д. отъ 8 авг. 1911 г.).

Т. М. Яблочкова.

„*Gutta capit lapidem*“.....

I.

Въ отечественной научной литературѣ обойдены полнымъ молчаніемъ два акта первостепенной важности: одинъ, исходящій отъ судебной, другой—отъ административной власти. Оба акта касаются одного и того же вопроса: *о формѣ брака*, совершаемаго русскими заграницей. Циркуляръ Второго Департамента Министерства Иностранныхъ Дѣлъ въ Посольства, Миссіи и Консульства отъ 8 августа 1911 года «о порядкѣ совершенія браковъ россійскихъ подданныхъ заграницей» дѣлаетъ эпоху въ исторіи разсматриваемаго вопроса и на немъ мы должны сосредоточить наше особое вниманіе.

Этотъ циркуляръ имѣетъ за собою длинную исторію, восходящую къ концу 70-хъ г.г. прошлаго столѣтія, и чтобы оцѣнить его значеніе и важность, чтобы подойти къ нему съ скальпелемъ юриста и проанализировать тѣ начала, которыя положены въ основу этого акта, мы должны представить весь вопросъ о формѣ заграничныхъ браковъ въ свѣтѣ исторической перспективы.

Вотъ текстъ того и другого акта:

Циркуляръ Второго Департамента М. И. Д. въ Посольства, Миссіи и Консульства отъ 8-го августа 1911 года о порядкѣ совершенія браковъ россійскихъ подданныхъ заграницею.

„Согласно нашимъ законамъ безусловно требуется, чтобы браки лицъ всѣхъ христіанскихъ вѣроисповѣданій были совершены духовенствомъ той Церкви, къ которой принадлежатъ вступающіе въ супружество (ст. 65 Св. Зак. Гр.). Въ виду этого категорическаго постановленія русскаго закона необходимо, чтобы русскіе подданные, желающіе вступить въ бракъ заграницею, т. е. не въ Россіи, соблюдали не только законы мѣста совершенія брака, но также и предписанія своего отечественнаго, т. е. русскаго закона. При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что законы мѣста совершенія брака должны быть соблюдены прежде всего, такъ какъ лица, находящіяся на территоріи иностраннаго государства, подлежатъ его верховенству. Если поэтому русскіе подданные, вступающіе въ бракъ, вздумали бы обвѣнчаться только въ Церкви ихъ вѣроисповѣданія, не совершивъ предварительно брака гражданскимъ порядкомъ,—въ тѣхъ государствахъ, гдѣ это требуется, то бракъ ихъ будетъ недѣйствителенъ,—кромѣ какъ въ Россіи,—а совершившій такой бракъ священникъ подлежитъ уголовной отвѣтственности. Поэтому при вступленіи русскихъ подданныхъ въ бракъ внѣ предѣловъ Россійской Имперіи слѣдуетъ имѣть въ виду нижеслѣдующее: 1) вступающіе въ бракъ въ тѣхъ государствахъ, гдѣ гражданскій бракъ обязателенъ, должны, прежде всего, совершить установленный для сего обрядъ предъ чиновникомъ гражданскаго состоянія, 2) послѣ этого они должны обвѣнчаться въ православной Церкви, 3) совершеніе обряда заключенія брака предъ чиновникомъ гражданскаго состоянія не требуется для лицъ, принадлежащихъ къ дипломатическому корпусу, пользующихся правами экстерриторіальности, но при этомъ, если женихъ, принадлежащій къ дипломатическому корпусу, желаетъ вступить въ бракъ съ невѣстою, которая не входитъ въ составъ послѣдняго, или если наоборотъ, невѣста, принадлежащая къ дипломатическому корпусу, желаетъ выйти не за дипломата, то бракосочетаніе должно быть совершено также согласно общимъ вышеприведеннымъ правиламъ, 4) безъ соблюденія правила, изложеннаго въ п. 1, бракъ русскихъ подданныхъ, совершенный въ православныхъ Церквахъ заграницею, будетъ считаться недѣйствительнымъ во всѣхъ государствахъ, кромѣ Россіи“.

Указъ Правительствующаго Сената 12 августа 1911 г. о бракахъ русскихъ подданныхъ заграницею:

Правительствующій Сенатъ въ 1-омъ Общемъ Собраніи обсуждалъ вопросъ о томъ: влечетъ ли вступленіе русской подданной заграницею въ гражданскій бракъ съ иностранцемъ утрату русскаго подданства... „Въ дѣйствующихъ для Россійскихъ подданныхъ законахъ нѣтъ правилъ о бракѣ русскихъ заграницею. Лишь въ ст. 12 Уст. Конс. т. XI ч. 2 (изд. 1903 г.) опредѣлено, что консулъ записываетъ свидѣтельства о бракосочетаніи въ книгу, установленную для внесенія актовъ и документовъ. Несомнѣнно, однако, что подданные одного государства, вступающіе въ бракъ въ другомъ государствѣ, должны руководствоваться не только мѣстными территоріальными законами государства, гдѣ совершается обрядъ бракосочетанія, по общему правилу подчиненія юридическихъ дѣйствій законамъ мѣста ихъ совершенія (locus regis actum), но и отечественными законами, въ особенности относительно личныхъ правъ и условій, при которыхъ возможно вступленіе въ бракъ. Однимъ изъ существенныхъ изъ этихъ послѣднихъ условій представляется, согласно ст. 61 и сл. Зак. Гр. т. X ч. 1 (изд. 1900 г.), совершеніе брачныхъ союзовъ русскихъ подданныхъ всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій, на всемъ пространствѣ Имперіи, по правиламъ и обрядамъ той Церкви, къ которой принадлежатъ вступающіе въ супружество“...

Посему 1-ое Общее Собраніе Правит. Сената находитъ, что „русская подданная путемъ вступленія въ бракъ заграницею можетъ утратить русское подданство и почитаться въ порядкѣ ст. 853 Зак. о Сост. т. IX (изд. 1899 г.) иностранкою лишь при томъ непремѣнномъ условіи, что этотъ бракъ былъ заключенъ по обязательнымъ для русскихъ подданныхъ церковнымъ правиламъ и обрядамъ“.

Приведенные нами акты указываютъ на ту глубокую пропасть, которая отдѣляетъ *русское* законодательство съ его взглядомъ на бракъ, какъ на таинство, и на вѣнчаніе, какъ на неотъемлемое, существенное условіе брака отъ *иностранныхъ* законодательствъ, разсматривающихъ существо брака, какъ гражданскую сдѣлку, форма которой подчиняется общимъ правиламъ о доказательной силѣ договорнаго акта.

Это непримиримое принципіальное различіе взглядовъ русскаго и иностранныхъ законодательствъ на

существо брака и на значеніе формы брака и обусловило собою то явленіе, что вопросъ о формѣ браковъ въ русскомъ частномъ международномъ правѣ получилъ особую остроту интереса и представляетъ собою непреодолимыя затрудненія при его разрѣшеніи.

Во всѣхъ странахъ, знающихъ гражданскій бракъ, со временъ Savigny (System. VIII, § 381) твердо установился въ доктринѣ и законодательствахъ взглядъ, что форма брака, заключеннаго туземцами заграницей, подлежитъ общему правилу о формѣ гражданскихъ сдѣлокъ: locus regit actum. Если, напр., нѣмцы повѣнчаются въ Россіи,—какъ того требуетъ русскій законъ (ст. 61 т. X ч. 1),—въ Церкви соотвѣтствующаго вѣроисповѣданія, ихъ бракъ считается дѣйствительнымъ на ихъ родинѣ, хотя въ Германіи бракъ есть гражданская сдѣлка и должна быть облечена въ гражданскую форму.

Но на ряду съ этой формой, западно-европейскія законодательства устанавливаютъ *факультативное* право ихъ туземцевъ, пребывающихъ заграницей, прибѣгать и къ ихъ *національнымъ* формамъ заключенія брака передъ дипломатическими и консульскими представителями ихъ страны. Если, напр., два германскіе подданные заключатъ гражданскій бракъ въ Россіи у консула ихъ страны, этотъ бракъ получитъ полную силу и дѣйствительность на ихъ родинѣ [1]).

Совсѣмъ другого взгляда на сущность брака держится *русское* законодательство. Въ Россіи бракъ не гражданская сдѣлка, а таинство.

Само же таинство брака совершается не самими брачущимся, а священнослужителемъ, который не только присутствуетъ при бракѣ, но и играетъ активную роль лица, совершающаго бракъ.

Въ виду этого воззрѣнія на бракъ,—религіозный обрядъ (ст. 31, 61 т. X, ч. 1) разсматривается зако-

---

[1]) Этотъ принципъ факультативности правила locus regit actum устанавливаетъ Reichsgesetz 1870 г., и онъ воспроизведенъ въ Einführungsgesetz § 11 Abs. 1.

номъ не только какъ формальное, но и какъ матеріальное условіе брака.

Вотъ почему, браки русскихъ подданныхъ христіанскаго исповѣданія не считаются дѣйствительными, если они совершены въ одной гражданской формѣ; всѣ русскіе подданные—христіане обязаны, по установившейся практикѣ, соблюдать и заграницею *религіозную* форму брака. Правило «locus regit actum» не имѣетъ здѣсь никакого примѣненія [1]).

Казалось бы, что затрудненіе, возникающее изъ этой коллизіи, могло быть устранено тѣмъ, что русскіе совершали бы заграницей обязательный церковный бракъ, а иностранцы совершали бы въ Россіи факультативный церковный бракъ, признавая допустимымъ совершеніе брака въ Россіи и въ гражданской формѣ.

Однако, прямолинейности разрѣшенія указаннаго конфликта мѣшаетъ одинъ принципъ, господствующій надъ всѣмъ частнымъ международнымъ правомъ.

Та или иная форма брака (религіозная, гражданская) считается соотвѣтствующими законодательствами за норму *публичнаго порядка*, которая была бы нарушена, какъ допущеніемъ церковной формы брака на территоріи дѣйствія гражданскаго брака, такъ и признаніемъ дѣйствительности гражданскаго брака, даже совершаемаго иностранцами, на территоріи дѣйствія церковнаго брака. Въ томъ и другомъ случаѣ былъ бы оскорбленъ «суверенитетъ», т. е. независимость, самостоятельность государственной власти, которая одна призвана опредѣлять на своей территоріи нормы публичнаго порядка.

Такъ, по германскому закону 6 февраля 1875 года, законный бракъ въ предѣлахъ Германской Имперіи можетъ быть заключенъ не иначе, какъ предъ ведущимъ акты гражданскаго состоянія должностнымъ ли-

---

[1]) Если, напр., два русскихъ подданныхъ—православныхъ, находясь заграницей, пожелаютъ заключить бракъ,—они должны обратиться къ русскому священнику съ просьбой повѣнчать ихъ въ Церкви; если они упустятъ этотъ религіозный обрядъ, ихъ бракъ, заключенный въ гражданской формѣ, будетъ лишенъ всякаго правового значенія въ Россіи.

цомъ (Standesbeamte) (§ 41), а церковнымъ (даже православнымъ) священнослужителямъ воспрещается, подъ опасеніемъ денежнаго взысканія и даже тюремнаго заключенія, приступать къ совершенію церковнаго обряда бракосочетанія безъ предварительнаго удостовѣренія въ томъ, что бракъ лицъ, ищущихъ освященія супружескаго своего союза церковнымъ благословеніемъ, уже заключенъ предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія (§ 67). Тотъ же принципъ выраженъ и въ § 13 Abs. 3 Einführungsgesetz: «Форма брака, заключаемаго въ Германіи, опредѣляется исключительно нѣмецкими законами».

Русская государственная власть, конечно, не идетъ (и не имѣетъ основанія итти!) такъ далеко, чтобы наказывать иностранныхъ консуловъ, совершающихъ въ Россіи браки своихъ соотечественниковъ, но русская—и полицейская и судебная—власти не признаютъ законной силы за гражданскими браками иностранцевъ, совершаемыми въ Россіи.

Удовлетвореніе принципа религіознаго брака, въ связи съ сохраненіемъ неприкосновенности публичнаго порядка и суверенитета, возможно въ двоякомъ направленіи.

Русская правительственная власть могла бы предписать своимъ подданнымъ совершать заграницей, до совершенія церковнаго брака, (признавая силу только за этимъ послѣднимъ), *гражданскій бракъ*, согласно мѣстнымъ законамъ. Но на компромиссъ могла бы пойти и иностранная правительственная власть, именно, отвергая безусловную обязательность гражданской формы брака для русскихъ подданныхъ [1]).

Исходъ конфликта этихъ двухъ направленій («Kulturkampf») не есть результатъ соотношенія грубыхъ

[1]) Въ послѣднемъ случаѣ вопросъ о силѣ церковнаго брака русскихъ, съ точки зрѣнія мѣстнаго законодателя, есть вопросъ особый. Къ тому же болѣе важно то, что мѣстная власть не препятствуетъ совершенію *церковнаго* вѣнчанія, а признаетъ ли она или не признаетъ силу за таковымъ бракомъ—это вопросъ, для громаднаго большинства русскихъ, брачущихся во время своего пребыванія заграницей,—совершенно безразличный.

реальныхъ силъ борющихся сторонъ. Исторія вопроса, къ которой мы теперь и переходимъ, показываетъ, что въ разрѣшеніи этого вопроса обѣ стороны умѣли «не только личные разсчеты и выгоды, но и самую щекотливость личнаго самолюбія, устранять и такъ сказать приносить въ жертву пользѣ общей». Не «сила оружія», а «сила культуры» рѣшила все дѣло.

II.

Начало всей исторіи трактуемаго вопроса мы можемъ отнести къ донесенію Императорскаго Посла въ Берлинѣ Министру Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирсу отъ 15/27 января 1879 года (№ 111) [1].

Въ этомъ «донесеніи» увѣдомлялось о штрафахъ, налагаемыхъ нѣмецкими судами, на русскихъ священниковъ, за совершеніе ими смѣшанныхъ браковъ въ церковной формѣ прежде заключенія брачующимися гражданскаго брака, и русскій посолъ покорнѣйше просилъ «благоволить сообщить заключеніе Императорскаго Правительства по предмету гражданскихъ браковъ, требуемыхъ въ Германіи».

Быть можетъ оскорбленное національное самолюбіе или ложное пониманіе претензій германскихъ властей произвели то, что русская правительственная власть, застигнутая врасплохъ вновь выросшимъ вопросомъ международнаго права, оказалась неспособною дать сразу удовлетвореніе требованіямъ справедливости и культуры.

Въ депешѣ г. Стааль Имперскому Канцлеру изъ Штуттгарта отъ 5/17 января 1878 г. (№ 139), мы читаемъ: «было бы затруднительнымъ навязать нашимъ подданнымъ обрядности гражданскаго брака, не признаннаго нашимъ законодателемъ, и, если бы даже они согласились на это, формальности этого акта повлекли

---

[1] При послѣдующемъ изложеніи относящейся сюда переписки, какъ междувѣдомственной, такъ и между двумя правительствами, мы пользовались трудомъ *А. Н. Мандельштама*. Гаагскія конференціи. Спб. 1900. т. II, стр. 437—539.

бы за собою чрезмѣрныя отсрочки и иногда требованія, противныя нашимъ учрежденіямъ» [1]).

Туже точку зрѣнія защищаетъ и II-ое Отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи 11 марта 1879 г. (№ 179) въ его донесеніи Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу [2]).

Въ еще болѣе категорическихъ выраженіяхъ и непримиримомъ тонѣ составлено Отношеніе г. Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ Вѣдомства Православнаго Исповѣданія отъ 11 сентября 1889 года (№ 233). Здѣсь за каждымъ словомъ чувствуется непреклонная воля, не идущая въ церковно-правовыхъ дѣлахъ ни на какой компромиссъ прямолинейность всесильнаго Оберъ-Прокурора К. П. Побѣдоносцева. Вѣдомство Православнаго Исповѣданія предполагаетъ предложить Германскому Правительству «дополнить законъ 6 февраля 1875 года оговоркою о томъ, что условіемъ для признанія за браками православныхъ русскихъ подданныхъ, совершаемыми въ предѣлахъ Германіи, силы законныхъ супружескихъ союзовъ, поставляется, независимо отъ исполненія всѣхъ прочихъ требованій того же закона, еще повѣнчаніе тѣхъ браковъ, согласно русскимъ законамъ, въ церкви». Excusez du peu! К. П. Побѣдоносцевъ, какъ видимъ, не ограничивался тѣмъ, чтобы найти пути къ соглашенію, въ силу котораго германское правительство обязывалось бы не мѣшать совершенію церковнаго брака въ Германіи, безъ предварительнаго гражданскаго брака. Онъ ничего не хочетъ знать о гражданскомъ бракѣ и предлагаетъ германскому законодательству ни больше ни меньше,

---

1) Подъ послѣдними словами подразумѣвались, навѣрно, требованія гражд. чиновниковъ такъ наз. Trauschein. О нихъ см. ниже.

2) Здѣсь между прочимъ мы читаемъ: «По тому особому православному воззрѣнію на бракъ, какъ Св. Таинство, какой, вытекая изъ нашихъ религіозныхъ вѣрованій, признается и поддерживается у насъ самимъ закономъ, позволяю себѣ выразить, что было бы весьма желательно, чтобы временно находящіеся за-границею наши русскіе подданные, а тѣмъ болѣе еще, если оба они принадлежатъ къ православному вѣроисповѣданію, при желаніи ихъ вступить между собою въ бракъ, чтобы не насиловать ихъ совѣсти, не оскорблять ихъ религіознаго чувства,—по-крайней мѣрѣ, при обоюдномъ ихъ на то согласіи,—*не были принуждаемы при вѣнчаніи и въ сихъ не-посольскихъ заграничныхъ нашихъ Церквахъ, безусловно подчиняться Германскому закону о предварительномъ заключеніи между ними гражданскаго брака*».

какъ... ввести *церковную* форму брака для русскихъ подданныхъ, пребывающихъ въ Германіи!! Свое «отношеніе» К. П. Побѣдоносцевъ кончаетъ угрозой,— не по адресу, правда, Германскаго Правительства. «Если бы Германское Правительство не сочло себя почему либо (sic!!) въ правѣ изъявить согласіе и на эту послѣдующую мѣру, въ такомъ случаѣ, въ видахъ безусловнаго лишенія православныхъ русскихъ подданныхъ способовъ обходить дѣйствіе русскаго закона, усвояющаго силу законнаго брака только супружескому союзу, освященному церковнымъ благословеніемъ, оставалось бы воспретить вовсе совершеніе надъ означенными лицами браковъ во всѣхъ безъ изъятія, находящихся въ предѣлахъ Германской Имперіи, церквахъ православнаго вѣроисповѣданія».

Итакъ, ультиматумъ—все или ничего: или признаніе церковнаго брака нѣмцами, или полное воспрещеніе браковъ русскихъ заграницей!

Мысль, брошенная К. П. Побѣдоносцевымъ, не осталась безъ подражанія. Въ отношеніи г. Министра Иностранныхъ Дѣлъ г. Министру Юстиціи 8 марта 1890 г. (№ 1710) мы читаемъ, что Министерство Иностранныхъ Дѣлъ «съ своей стороны, не усматриваетъ выхода изъ тѣхъ затрудненій, которыя нынѣ возникаютъ при совершеніи въ Германіи браковъ между православными русскими подданными».

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ не вдумалось въ существо дѣла и, ставъ на точку зрѣнія Побѣдоносцевской альтернативы, конечно, не могло «найти выхода». Этотъ выходъ подсказывался между тѣмъ нѣмецкой точкой зрѣнія: гражданскій бракъ признать *предварительной* обрядностью предъ совершеніемъ церковнаго брака. Русская власть не считалась бы съ совершеніемъ гражданскаго брака, а германская—съ совершеніемъ церковнаго брака.

Между тѣмъ, путь, избранный непреклоннымъ К. П. Побѣдоносцевымъ, указало направленіе, которому послѣдовало и Министерство Юстиціи [1]).

[1]) Въ своемъ отношеніи отъ 16 іюля 1890 г. (№ 20784) М. Ю. опять рекомендуетъ предложить германскому правительству «допустить въ

Таково отношеніе нѣкоторыхъ Вѣдомствъ къ вопросу о допустимости гражданскаго брака русскихъ заграницей въ концѣ 70-хъ, 80, и 90-хъ годахъ прошлаго столѣтія.

Было бы, однако, большой ошибкой думать, что вышеперечисленными мнѣніями отдѣльныхъ Вѣдомствъ исчерпывалось отношеніе русскаго Правительства по этому предмету. Мы должны, наоборотъ, признать, что приведенныя нами междувѣдомственныя «отношенія» представляютъ собою лишь воззрѣнія отдѣльныхъ реакціонно настроенныхъ Министровъ Иностранныхъ Дѣлъ и Оберъ-Прокурора Св. Синода—К. П. Побѣдоносцева. На самомъ же дѣлѣ, наше Правительство никогда не выставляло серьезныхъ возраженій противъ допущенія *предварительнаго гражданскаго брака* между русскими, вступающими въ бракъ заграницей. И то же Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, то же Вѣдомство Православнаго Исповѣданія—въ другомъ составѣ ихъ высшихъ представителей—еще съ конца 70-хъ годовъ шли на признаніе обязательности гражданскаго брака русскихъ заграницей, какъ уступку германскому суверенитету, и—характерное явленіе!—шли на уступки даже дальше, чѣмъ это диктовалось необходимостью!

Въ письмѣ своемъ къ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 17 февраля 1879 года (№ 1160) Министръ Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирсъ полагаетъ, что «вопросъ о томъ, при какихъ условіяхъ можетъ быть допущено, при вступленіи въ бракъ въ Германіи лицъ православнаго исповѣданія между собою или же съ единовѣрцами, предварительное заключеніе гражданскаго брака, по мѣстнымъ законамъ, рѣшается различнымъ образомъ, судя по тому, въ какой именно Православной церкви будетъ происходить вѣнчаніе таковыхъ браковъ, въ церкви, *принадлежащей къ нашему посольству или миссіи*, или же *въ церкви, имъ не подвѣдомственной*»...

отношеніи этихъ браковъ изъятіе изъ законовъ 6 февраля 1875 года, въ томъ смыслѣ, что браки эти почитаются вполнѣ дѣйствительными только, когда они совершены по правиламъ православной церкви».

„Относительно церквей сего послѣдняго разряда, Министерство полагало бы, что наше Правительство не имѣетъ права требовать отъ германскихъ властей изъятія ихъ отъ дѣйствующихъ въ Германіи гражданскихъ узаконеній. При вѣнчаніи въ таковыхъ церквахъ браковъ между лицами православнаго исповѣданія и притомъ русскими подданными, для вступающихъ въ бракъ не будетъ представляться достаточныхъ поводовъ къ уклоненію отъ предварительнаго заключенія гражданскаго брака; такъ какъ *исполненіе этого обряда не противорѣчитъ, повидимому, основнымъ правиламъ Церкви Православной.*

Впрочемъ, въ семъ случаѣ, а равно и при заключеніи браковъ смѣшанныхъ, когда одно изъ лицъ будетъ православнаго исповѣданія, по мнѣнію М. И. Д., слѣдуетъ, во избѣжаніе затруднительныхъ послѣдствій, войти въ сношеніе съ Германскимъ Правительствомъ о томъ, чтобы *не были допускаемы предварительные гражданскіе браки въ тѣхъ степеняхъ родства*, при которыхъ не дозволяется вступленіе въ бракъ по правиламъ Православной Церкви"...

„Относительно *Православныхъ Церквей состоящихъ при нашихъ посольствахъ или миссіяхъ*, представляется то соображеніе, что онѣ—какъ не отвергаетъ того и Германское Правительство—должны пользоваться правомъ внѣземельности и потому не могутъ подвергаться дѣйствію германскаго закона 6 февраля 1875 года"...... „Но браки лицъ, изъ которыхъ только одно принадлежитъ къ нашему подданству, и въ особенности, если это лицо женскаго пола, было бы предусмотрительно, для огражденія законности брака, *вѣнчать не иначе, какъ по предварительномъ вступленіи ихъ въ бракъ гражданскій*"....

Въ «Запискѣ», отъ 18 апрѣля 1879 года (№ 4182), составленной въ М. В. Д., Министръ Внутреннихъ Дѣлъ сообщаетъ кн. Горчакову такія соображенія: «требованіе германскаго законодательства, чтобы бракамъ, вѣнчаемымъ на территоріи Германіи, предшествовала брачная запись, совершаемая у гражданскаго чиновника, не можетъ встрѣтить основательныхъ возраженій въ отношеніи православныхъ или иныхъ русскихъ подданныхъ, пребывающихъ въ Германіи, въ предположеніи, однако, что за гражданскимъ актомъ будетъ слѣдовать церковное вѣнчаніе».

Оберъ-Прокуроръ Св. Синода гр. Толстой въ своемъ отношеніи Министру Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирсу

отъ 7 марта 1879 г. (№ 1151) также допускаетъ обязательность *предварительнаго* гражданскаго брака русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія и обезпокаивается лишь тѣмъ, чтобы эти браки не были допускаемы во всѣхъ воспрещенныхъ Православной Церковью степеняхъ родства и свойства. На почвѣ различенія браковъ въ посольскихъ и не посольскихъ церквахъ стоитъ и II-ое Отдѣленіе собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи въ его отношеніи отъ 11 марта 1879 г. (№ 179) къ Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу.

Три характерныя явленія мы замѣчаемъ въ содержаніи этой переписки. М. И. Д. и Оберъ-Прокуроръ Св. Синода и II-ое Отдѣленіе С. Е. И В. Канцеляріи проводятъ различіе между браками, заключенными въ посольскихъ церквахъ и браками, заключенными въ прочихъ заграничныхъ церквахъ. По воззрѣніямъ этихъ Учрежденій, посольскія Церкви должны пользоваться *правомъ внѣземельности*. Отсюда казалось бы надо сдѣлать тотъ выводъ, что *всѣ* браки, совершаемые въ этихъ церквахъ, изъяты изъ дѣйствія германскаго закона 6 февраля 1875 года. Разъ внѣземельностью пользуются не тѣ, или иныя *лица*, а само *зданіе* церкви, иного вывода сдѣлать нельзя, какъ распространить принципъ внѣземельности и на смѣшанные браки, т. е. браки въ которыхъ одной стороною является—не русскій. Этого логическаго вывода Вѣдомство М. И. Д не сдѣлало, а сочло нужнымъ допустить дальнѣйшую уступку гражданскому браку: таковые смѣшанные браки «вѣнчать не иначе, какъ по предварительномъ вступленіи ихъ въ бракъ гражданскій». Такая уступка не вытекаетъ изъ исходнаго воззрѣнія на юридическую природу внѣземельности [1]). Наше правительство въ концѣ 70-хъ

---

[1]) Въ приведенномъ выше отношеніи II-го Отд. С. Е. И. В. Канцеляріи отъ 11 марта 1879 г. (№ 179) Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу, мы не находимъ этой непослѣдовательности. «Соотвѣтственно праву экстерриторіальности, браки, какъ лицъ православнаго вѣроисповѣданія, такъ и смѣшанные, къ какому бы подданству вступающіе въ оные не принадлежали (къ русскому ли оба; или одинъ изъ нихъ къ иностранному), всѣ безъ изъятія, кажется, могли бы быть вѣнчаны по существующимъ въ Россіи, на этотъ предметъ, законамъ церковнымъ и гражданскимъ»...

годовъ оказывало гражданскому браку бо́льшій почетъ, чѣмъ это вытекало бы и изъ непосредственныхъ требованій Германскаго Правительства.

Поводомъ къ приведенной выше междувѣдомственной перепискѣ въ концѣ 70-хъ годовъ и въ послѣдующее десятилѣтіе послужилъ фактъ оштрафованія Висбаденскимъ Королевскимъ Судомъ настоятеля Православной Висбаденской Церкви протоіерея *Т.* за вѣнчаніе имъ смѣшанныхъ браковъ—*русскихъ* съ *германскими* подданными—безъ предварительнаго совершенія гражданскаго обряда.

Требованія германскихъ властей нельзя не признать вполнѣ правомѣрными. Въ международномъ правѣ мы знаемъ только права государствъ, а не Церквей. Церковное вѣнчаніе, принятое однимъ государствомъ, имѣетъ для другого значеніе *государственнаго* вѣнчанія, и священникъ является чиновникомъ гражданскаго состоянія [1]). Если одинъ изъ брачующихся—туземецъ, то было бы несомнѣннымъ нарушеніемъ «публичнаго порядка», если бы туземецъ вступалъ въ бракъ не согласно съ мѣстными отечественными законами. Другое дѣло, если *оба* брачующіеся—иностранные подданные. Господствующая научная доктрина, представленная въ резолюціяхъ «Института международнаго частнаго и публичнаго права», въ сессіи въ Лозанѣ (1888 г.) формулировала такой принципъ: «признаются повсюду дѣйствительными со стороны формы дипломатическіе или консульскіе браки, совершенные въ формѣ страны посольства или консульства, если *оба брачущіеся* принадлежатъ этой странѣ» [2]). Между тѣмъ никто не споритъ, что всѣ сдѣлки, совершаемыя иностранными консулами, считаются сдѣлками, совершаемыми на туземной территоріи: ни наука, ни практика не признаютъ экстерриторіальности консульской дѣятельности. Центръ тяжести всего вопроса, значитъ, лежитъ въ

---

[1]) *Bar.* Das Intern. Privatr. I, стр. 472 сл.

[2]) Аналогичную норму выработали Гаагскія Конференціи 1893, 1894 и 1900 года по «праву брачному». Этотъ же принципъ и легъ въ основу Конвенціи 12 іюня 1902 г.

томъ обстоятельствѣ, что *оба* брачущіеся—иностранные подданные. Но если, съ точки зрѣнія односторонне понятаго принципа государственнаго суверенитета еще и можно спорить противъ признанія туземной властью *силы* подобныхъ браковъ, то вполнѣ совмѣстимо съ идеей «публичнаго порядка» одно простое *допущеніе* заключенія иностранныхъ браковъ на туземной территоріи. Русское правительство вовсе и не требуетъ, чтобы германское правительство признавало силу подобныхъ браковъ, оно проситъ лишь того, чтобы русскіе священники не карались за вѣнчаніе русскихъ подданныхъ.

Итакъ, бракъ двухъ русскихъ заграницей въ одной церковной формѣ отнюдь не можетъ вызывать сопротивленія со стороны германскихъ властей.

Первоначально, повидимому, такова и была точка зрѣнія германскихъ властей. Изъ первоначальнаго донесенія Императорскаго Посла въ Берлинѣ М. И. Д. Н. К. Гирсу отъ 15/27 января 1879 года (№ 111) мы узнаемъ, что фонъ-Бюловъ полагалъ, что браки, заключенные въ Церквахъ русскихъ Посольствъ и миссій въ Германіи, не подходятъ подъ дѣйствіе закона 6 февраля 1875 года [1]).

При этихъ условіяхъ русскому правительству, быть можетъ, слѣдовало добиться признанія нѣкоторыхъ уступокъ со стороны германскихъ властей, вмѣсто того, что бы изъявлять свою готовность распространить добровольно обязательность гражданскаго брака на *всѣ* браки русскихъ заграницей.

Еще одно характерное явленіе мы должны отмѣтить въ связи съ изученіемъ вышеприведенной междувѣдомственной переписки. Самъ Оберъ-Прокуроръ Святѣйшаго Синода гр. Толстой считаетъ нужнымъ войти въ сношеніе съ Германскимъ Правительствомъ о томъ,

---

[1]) Нота германскаго посла Швейница 18(6) іюля 1879 года (№ 2484а) утверждаетъ другое: гражданскій обрядъ долженъ предшествовать даже бракамъ двухъ русскихъ подданныхъ въ русской посольской церкви. *Министерство Иностранныхъ Дѣлъ* тотчасъ же указало посольству въ Берлинѣ на противорѣчіе между нотою Швейница и декларацією Бюлова (20 іюля 1879 г., № 7059).

чтобы предварительные гражданскіе браки русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія не были допускаемы во всѣхъ воспрещенныхъ Православной Церковью степеняхъ родства и свойства.

Не можетъ не возникнуть недоумѣнія: почему брачный союзъ, отвергаемый православной церковью, не долженъ быть допускаемъ и къ заключенію установленными германскимъ закономъ *гражданскими* актами?! Въ чемъ *заинтересована* русская власть, принимая мѣры къ тому, что бы *гражданскій* бракъ русскихъ отвѣчалъ законнымъ условіямъ православнаго церковнаго брака? Ужъ не признавала ли русская власть въ 70-хъ годахъ, въ скрытомъ видѣ, нѣкоторое значеніе и за иностранными гражданскими браками русскихъ?...

Либеральное отношеніе нашей правительственной власти къ формѣ брака русскихъ подданныхъ заграницею въ 70-хъ и 80-хъ годахъ смѣняется рѣзко реакціоннымъ направленіемъ съ начала 90-хъ годовъ. Наступила эпоха кодификаціи различныхъ отдѣловъ частнаго международнаго права (въ томъ числѣ и— брачнаго права) на почвѣ международныхъ соглашеній. На правительства различныхъ странъ легла нелегкая обязанность подвести итоги своего правосознанія и формулировать ихъ въ точно опредѣленныхъ положеніяхъ. Къ чести русскаго правительства надо отнести то, что оно не уклонилось отъ участія въ Гаагскихъ конференціяхъ въ 90-хъ и 900-хъ годахъ, даже по тѣмъ вопросамъ, напр. брачнаго права,—по которымъ изначала не было никакой надежды на возможность соглашенія. Гаагскія конференціи 1893, 1894 и 1900 годовъ занимаются, между прочимъ, и вопросомъ о формѣ брака туземцевъ заграницей. Русскіе делегаты на этихъ Конференціяхъ сразу заняли непримиримую позицію: они ничего не хотѣли знать о гражданскомъ бракѣ и малѣйшій компромиссъ въ этомъ вопросѣ разсматривали, какъ оскорбленіе «суверенитета», «публичнаго порядка», «національнаго самолюбія».

Указанныя Конференціи привели къ подписанію *Конвенціи 12 іюня 1902 г.* [1]), статья 5-я коей устана-

[1]) Конвенцію 1902 г. подписали 14 европейскихъ державъ.

вливаетъ «locus regit actum», какъ основной принципъ формальной стороны брака. Но этотъ принципъ знаетъ два ограниченія: 1) ст. 6 признаетъ формальную дѣйствительность браковъ, заключенныхъ передъ дипломатическими агентами и консулами,—подъ условіемъ, что *оба* брачущіеся—иностранцы въ томъ государствѣ, гдѣ заключается бракъ, 2) ст. 5 п. 2: «Государства, требующія религіозную форму брака могутъ не признавать силу гражданскихъ браковъ, заключенныхъ ихъ подданными заграницей».

По ст. 7: «Бракъ, ничтожный по формѣ въ мѣстѣ его совершенія, можетъ быть признанъ дѣйствительнымъ въ другихъ странахъ, если соблюдена національная форма каждаго изъ супруга» (Напр. два русскихъ вѣнчаются русскимъ священникомъ въ Германіи Ихъ бракъ ничтоженъ въ Германіи, но дѣйствителенъ въ Россіи и во всѣхъ другихъ державахъ).

Эти послѣднія уступки были сдѣланы Конференціей въ цѣляхъ согласовать русскія религіозныя воззрѣнія на бракъ съ гражданскимъ характеромъ брака прочихъ государствъ.

Эти преимущества *религіознаго брака*, дарованныя Россіи на Конференціи въ ущербъ цѣльности всей системы Конвенціи, не позволили все же русскому правительству примкнуть къ Гаагской Конвенціи 1902 года. На Конференціи 1900 года противъ единодушнаго мнѣнія делегатовъ всѣхъ представленныхъ государствъ, клонившагося къ признанію правила «locus regit actum», выступили русскіе делегаты [Гуссаковскій—въ комиссіи, Мартенсъ—въ общемъ собраніи] [1]). Они указывали на то, что по русскому законодательству бракъ есть не гражданскій договоръ, а—таинство. Гражданская форма брака иностранцевъ въ Россіи противна публичному порядку. Точно также браки русскихъ подданныхъ,

---

[1]) Наши делегаты дѣйствовали въ точное исполненіе «Программы Русскаго Правительства, выработанной въ виду III Гаагской Конференціи» особымъ Совѣщаніемъ, образованнымъ при М. И. Д. На этомъ Совѣщаніи самъ Ф. Мартенсъ выражалъ сомнѣніе, что какое либо государство согласится принять предложеніе Совѣщанія о введеніи религіозной формы брака, какъ—нарушающее безспорныя права территоріальнаго суверенитета.

заключаемые заграницей въ гражданской формѣ, ничтожны съ точки зрѣнія русскаго закона. Вотъ почему, делегаты предлагали слѣдующее измѣненіе въ п. 2 ст. 5 Проекта Конвенціи: «браки, заключенные заграницей, если обѣ или одна изъ сторонъ—подданные страны, законодательство коей требуетъ религіозную форму брака, не будутъ считаться дѣйствительными, развѣ только, независимо отъ соблюденія предписаній мѣстнаго закона, они не будутъ совершены компетентнымъ служителемъ Церкви». Кромѣ того, делегаты поставляли на видъ, что число браковъ, заключаемыхъ русскими заграницей, незначительно, а число браковъ иностранцевъ, живущихъ въ Россіи, огромно; посему проектированная конвенція—въ интересахъ лишь иностранныхъ державъ: вѣдь, теперь иностранцы, вынужденные слѣдовать въ Россіи русскому закону, подвергаются опасности, что ихъ бракъ будетъ ничтоженъ съ точки зрѣнія ихъ національнаго законодательства. Соглашаясь, однако, измѣнить свое законодательство и не примѣнять его къ иностранцамъ, русское правительство можетъ сдѣлать эту уступку лишь подъ условіемъ взаимности, т. е., подъ тѣмъ условіемъ, что бы повсюду отъ русскихъ требовалась религіозная форма совершенія брака: «примѣненіе національнаго закона иностранцевъ могло бы быть допущено въ нашей странѣ лишь въ томъ случаѣ, если бы наше законодательство, требующее отъ своихъ подданныхъ религіозной формы брака, было уважено во всѣхъ договаривающихся государствахъ».

На это предложеніе Конференція не пошла. Она сдѣлала въ ущербъ цѣльности Проекта Конвенціи рядъ существенныхъ уступокъ религіозному браку, но онѣ Мартенса не удовлетворили. На пленарномъ Собраніи Конференціи Мартенсъ заявилъ, что «Россія считаетъ свои интересы нарушенными и воздержится принимать участіе въ составленіи проекта Конвенціи о бракѣ».

Мы не можемъ укорять Конференцію въ неуступчивости. Нельзя не согласиться съ парижскимъ профессоромъ и делегатомъ Франціи *Lainé*, что русскіе делегаты дѣлали лишь мнимую уступку: ее никто и не просилъ. Вѣдь, принимая принципомъ правило «locus regit actum», всѣ

государства признаютъ дѣйствительность брака, заключеннаго въ религіозной формѣ въ Россіи, такъ же, какъ если бы онъ былъ заключенъ въ гражданской формѣ. Россія, поэтому, предлагаетъ то, чего отъ нея не просили, чтобы получить то, чего ей не даютъ [1]. Ошибка русскихъ делегатовъ заключалась еще въ томъ, что они усматривали въ вопросѣ о формѣ брака взаимность, подобную той, которая существуетъ въ области личнаго статута, т. е. обмѣнъ національныхъ законовъ; они упустили изъ виду, что здѣсь рѣчь идетъ не о личномъ статутѣ, а о формѣ брака, а на этой почвѣ, взаимность заключается въ обмѣнѣ мѣстныхъ законовъ, т. е. въ послѣдовательномъ проведеніи правила locus regit actum!

Русскіе делегаты, какъ мы видимъ, требовали отъ иностранныхъ державъ ни больше ни меньше, какъ признанія для законности брака, съ точки зрѣнія мѣстнаго правопорядка, совершенія церковнаго вѣнчанія браковъ русскихъ; иначе говоря,—они предлагали иностраннымъ правительствамъ... ввести *религіозную* форму брака для извѣстной категоріи лицъ. Мы должны, однако, вновь подчеркнуть интересующее насъ отношеніе русской власти къ гражданскому браку, какъ *предварительной* формальности, предшествующей религіозному обряду: делегаты наши допускали предварительное «соблюденіе предписаній мѣстнаго закона».

Повидимому, русскіе делегаты разсчитывали на своемъ мнимомъ либерализмѣ отвоевать новую позицію религіозному браку и на этой ставкѣ добиться того, что,—по сознанію самихъ же делегатовъ,—«не могло не нарушить безспорныя права территоріальнаго суверенитета». «Этотъ номеръ не прошелъ». Но - интересное явленіе! Послѣдующее движеніе русской государственной мысли шло по пути болѣе широкаго либерализма въ дѣлѣ признанія гражданскаго брака, какъ составнаго элемента русской законодательной системы.

---

[1]) *A. Lainé.* La Conférence diplomatique de la Haye. Journal de droit int. privé, 1901, № 1, стр. 28.

Конференціи въ этомъ отношеніи съиграли важную роль въ развитіи русской государственной мысли: они воспитали русскую власть въ извѣстномъ направленіи. Въ изготовленномъ Высочайше учрежденной Редакціонной Комиссіей по составленію Гражданскаго Уложенія въ томъ же 1902 году Проектѣ *Семейственнаго Права* мы находимъ рядъ нормъ (т. I, ст. 102—107), посвященныхъ регулированію «брака русскихъ подданныхъ заграницею» и «брака иностранцевъ въ Россіи».

Ст. 102 Проекта Гр. Уложенія постановляетъ: «бракъ между русскими подданными заграницею подчиняется русскимъ законамъ, какъ относительно совершенія бракосочетанія, такъ и относительно препятствій къ браку и условій, требуемыхъ для вступленія въ бракъ» [1]). Ст. 103: «Правило предъидущей статьи распространяется и на браки между русскими подданными и иностранцами. Но бракъ русской подданной съ иностранцемъ имѣетъ силу и въ томъ случаѣ, когда бракосочетаніе совершено съ соблюденіемъ требованій, установленныхъ для дѣйствительности брака по отечественному закону мужа». Ст. 104: «Предбрачное оглашеніе русскаго подданнаго производится не только заграницею, по дѣйствующимъ въ мѣстѣ совершенія бракосочетанія законамъ, но и въ Россіи въ послѣднемъ, передъ выѣздомъ заграницу, мѣстѣ его жительства»... «Оглашеніе предположеннаго брака въ Россіи не требуется, когда вступающія въ бракъ лица живутъ въ мѣстѣ, въ которомъ предположено вѣнчаніе, болѣе одного года. Въ семъ случаѣ свидѣтельство въ отсутствіи препятствій къ браку и въ соблюденіи требованій закона для вступленія въ бракъ выдается либо русскими дипломатическими или консульскими агентами, либо причтомъ заграничной православной церкви, состоящей въ вѣдѣніи русской власти».... «При вѣнчаніи русскихъ подданныхъ въ заграничной православной церкви, со-

---

[1]) Объяснительная Записка (т. I, стр. 150) поясняетъ, что «внесенныя въ проектъ статьи не ограничиваются браками православныхъ, но обнимаютъ браки лицъ всѣхъ исповѣданій, причемъ относятся не только къ случаю, когда оба вступающихъ въ бракъ лица русскіе подданные, но также къ браку русскаго подданнаго съ иностранкою».

стоящей въ вѣдѣніи русской власти, причтъ этой церкви самъ удостовѣряется въ отсутствіи препятствій къ браку и въ соблюденіи требованій закона для вступленія въ бракъ».

Изслѣдователю вопроса бросаются въ глаза двѣ важныя особенности проектируемыхъ законоположеній. Въ нихъ, во первыхъ, ни однимъ словомъ не упоминается о предварительномъ *гражданскомъ* бракѣ русскихъ, приступающихъ заграницею къ церковному браку. Ст. 103 Проекта за то вводитъ новшество, прямо еретическое съ точки зрѣнія церковно-правовыхъ воззрѣній нашего законодателя и по своему либерализму рѣзко расходящееся съ исторіей русскаго брачнаго права: гражданскій бракъ въ своей силѣ уравнивается съ церковнымъ бракомъ, если заграницей вступаетъ въ бракъ русская подданная съ иностранцемъ.

Какъ примирить такое расхожденіе въ принципіальныхъ элементахъ одного болѣе общаго вопроса о формѣ заграничныхъ браковъ?

Мы лично полагаемъ,—что не иначе, какъ признавъ редакціонный недосмотръ авторовъ Проекта Гражданскаго Уложенія. Мы не можемъ допустить, чтобы редакторы Проекта, высказавъ такой либерализмъ въ одномъ вопросѣ, проявили бы такой консерватизмъ— къ тому же не оправдываемый всей исторіей русскаго брачнаго права—въ другомъ вопросѣ. Какъ мотивируютъ редакторы Проекта статью 103? Они (т. I, стр. 152) ссылаются на то, что русская подданная въ силу гражданскаго брака почитается заграницей перешедшей въ подданство мужа. «Если означенный бракъ не будетъ почитаться дѣйствительнымъ въ Россіи, то пришлось бы допустить, что состоящіе въ этомъ бракѣ, имѣющемъ силу въ ихъ государствѣ, могутъ въ Россіи, быть обвѣнчаны съ другими лицами. Между тѣмъ, очевидно, что это не можетъ быть дозволено».

Ничего нельзя возразить противъ разумности этихъ разсужденій, но нельзя не отмѣтить, что эти послѣднія идутъ въ разрѣзъ со всей административной, судебной, церковно-правовой практикой, установившейся въ Россіи. Вспомнимъ хотя бы приведенный нами въ

началѣ нашей статьи «Указъ Правительствующаго Сената отъ 12 августа 1911 года о бракахъ русскихъ подданныхъ заграницею». Сенатъ въ 1-омъ Общемъ Собраніи категорически отвергнулъ утрату русскаго подданства русской черезъ вступленіе ея заграницей въ гражданскій бракъ.

Вотъ почему, мы думаемъ, что редакторы Проекта умолчали о *предварительномъ гражданскомъ бракѣ* лишь по ошибкѣ; принципіально отвергать его необходимость они не могли. Но эту ошибку нельзя не признать непростительной: тридцать лѣтъ идетъ споръ о необходимости этой обрядности! Развѣ это не обязывало редакторовъ Проекта занять ту или иную позицію къ этому знаменитому вопросу?!

Въ самой Объяснительной Запискѣ (т. I, стр. 154) мы находимъ подтвержденіе нашей мысли. Мы видѣли, что ст. 104 упоминаетъ о «свидѣтельствѣ въ отсутствіи препятствій къ браку». Эти свидѣтельства (Trauschein) выдаются «либо русскими дипломатическими или консульскими агентами, либо причтомъ заграничной православной церкви»...—«Это удостовѣреніе—говорятъ редакторы Проекта—нужно потому, что заграницею могутъ не знать ни русскаго, желающаго сочетаться бракомъ, ни русскихъ законовъ, которыми опредѣляется брачная правоспособность этого лица и условія, необходимыя для возможности совершенія брака». Ясно, что здѣсь рѣчь идетъ о «Standesbeamten», ибо невозможно предположить, что русскіе православные священники «могли бы не знать русскихъ законовъ». Значитъ, редакторы Проекта молчаливо предполагаютъ необходимость совершенія предварительнаго гражданскаго брака, предшествующаго церковному вѣнчанію.

Повторяемъ,—пробѣлъ по этому предмету въ Проектѣ Гражд. Уложенія ничѣмъ неоправдываемъ и долженъ быть восполненъ будущимъ законодателемъ.

До сихъ поръ мы говорили о бракахъ русскихъ *православныхъ* подданныхъ. Однако, затрудненія, встрѣчаемыя въ примѣненіи въ Германіи мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ къ русскимъ подданнымъ православной вѣры, имѣютъ равнымъ образомъ мѣсто и

при заключенiи браковъ русскихъ подданныхъ другихъ христiанскихъ исповѣданiй, а равно и евреевъ. Обязательно ли для всѣхъ этихъ лицъ (католики, протестанты, евреи), вступающихъ въ бракъ заграницей, соблюденiе религiознаго обряда? Ст. 31 и 61 т. X ч. 1 дозволяетъ лицамъ всѣхъ вообще христiанскихъ исповѣданiй вступать въ Россiи между собою въ браки *по правиламъ и обрядамъ ихъ церквей;* т. е. религiозный бракъ обязателенъ, по мысли закона, для *всѣхъ*, заключающихъ бракъ въ *Россiи*. Примѣнимъ ли этотъ принципъ и для браковъ, заключаемыхъ не-православными русскими подданными *заграницей*?

Въ нашей литературѣ [1]) высказывалось мнѣнiе, что ст. 61 т. X ч. 1 имѣетъ строго территорiальный характеръ. Сила ея не распространяется на католиковъ, протестантовъ и евреевъ, вступающихъ въ бракъ заграницей. Въ виду того, что эти вѣроисповѣданiя иначе обсуждаютъ существо брака, чѣмъ русское церковное право, къ нимъ примѣнимо общее начало ст. 464 и 707 У. Г. С., т. е. правило locus regit actum.

Эти положенiя, однако, не признаются ни нашимъ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ [2]), ни административной [3]), ни судебной практикой [4]). Русская правительственная власть распространяетъ обязательность церковной формы не только на православныхъ, но и на католиковъ, протестантовъ и даже евреевъ. На той же точкѣ зрѣнiя, повидимому, стоитъ и Проектъ Гражданскаго Уложенiя (ст. 102).

---

[1]) *Мандельштамъ*, II, стр. 201—205.

[2]) См. *Отношенiе М. В. Д.* отъ 11 iюня 1888 г. № 4122; *Отношенiе Д-та Внутрен. Сношенiй* въ Д-тѣ Духов. Дѣлъ, 2 мая 1890 г. № 3884.

[3]) *Сообщенiе Императорскаго Россiйскаго Консула въ Кенигсбергѣ 3 марта 1889 г. (№ 63).* Консулъ отказывалъ вносить въ паспорта мужей—евреевъ ихъ женъ, до представленiя ими свидѣтельства отъ раввина о заключенiи духовныхъ браковъ.—*Донесенiе Гамбургской миссiи* отъ 3 марта 1889 г.: миссiя выдавала Trauschein'ы, причемъ и отъ евреевъ отбирала подписку въ томъ, что они обязуются вѣнчаться «религiознымъ еврейскимъ бракомъ».

[4]) Въ К. Р. 1899/39 Сенатъ, опираясь на то, что исполненiе религiознаго обряда бракосочетанiя относится къ status personalis, призналъ, что русскiй подданный евангелическо-лютеранскаго исповѣданiя обязанъ для дѣйствительности заключаемаго заграницею брака, подчиниться церковнымъ правиламъ и обрядамъ евангелическо-лютеранскаго исповѣданiя.

III.

Изъ предшествующаго историческаго очерка мы можемъ сдѣлать тотъ выводъ, что русская правительственная власть, не оставляя своего принципіальнаго воззрѣнія на существо и значеніе церковнаго брака, всегда была готова признать необходимость для русскихъ, брачующихся заграницей, гражданскаго брака, какъ предварительной формальности, предшествующей церковному обряду. Но, если *принципіальная* точка зрѣнія нашего правительства въ этомъ вопросѣ была и ясна, то въ дѣлѣ *практическаго* осуществленія этого принципа встрѣтившіяся затрудненія породили много споровъ и треній, не только между германскимъ и русскимъ правительствами, но и среди высшихъ представителей нашей правительственной власти.

Дѣло заключается въ томъ, что германское правительство всегда держалось того принципіальнаго взгляда на бракъ иностранцевъ въ Германіи, что этотъ бракъ, заключаемый въ Германіи даже въ мѣстной гражданской формѣ, долженъ быть дѣйствителенъ, согласно съ національными законами брачующихся; посему, въ частности личныя условія брака (дѣеспособность, препятствія къ браку) русскихъ должны опредѣляться *русскими* законами.

Въ силу закона 13 марта 1854 г. [1]), иностранцы брачующіеся въ Пруссіи, должны представить гражд. чиновнику свидѣтельство (Trauschein) мѣстной власти ихъ отечества о томъ, что они въ правѣ заключать браки заграницей, не теряя своего подданства, или что они получили требуемое ихъ національными законами разрѣшеніе къ приступаемому браку. Но Министры Юстиціи, Духовныхъ Дѣлъ, и Внутреннихъ Дѣлъ уполномочены диспензировать отъ представленія такихъ свидѣтельствъ, какъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, такъ и въ отношеніи вообще подданныхъ извѣстнаго государства.

---

1) «Gesetz, betreffend die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in den königlichen Preussischen Staaten vom 13 März 1854».

Въ 1871 г. 2 марта особымъ циркуляромъ указанныхъ Министровъ требованіе «Trauschein» отъ *русскихъ* подданныхъ было отмѣнено. Этотъ актъ послѣдовалъ послѣ того, какъ русское правительство извѣстило германскую власть, что, въ силу русскихъ законовъ, русскіе подданные имѣютъ право вступать въ бракъ заграницей, не будучи обязанными испрашивать спеціальнаго разрѣшенія отъ правительства, и что русскій подданный переноситъ свое подданство на свою иностранную супругу.

Въ 1879 году Оберъ-Прокуроръ Св. Синода гр. Толстой и Министерство Иностранныхъ Дѣлъ признали «настоятельную необходимость» снестись съ Германскимъ Правительствомъ о томъ, чтобы предварительные гражданскіе браки русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія не были допускаемы во всѣхъ воспрещенныхъ Православной Церковью степеняхъ родства и свойства. Въ томъ же году это предположеніе было осуществлено: оба правительства заключили соглашеніе, въ силу котораго германскіе чиновники, совершающіе гражданскіе браки (Standesbeamten), обязаны были относительно русскихъ подданныхъ удостовѣряться предварительно, что при этомъ русскіе законы о союзѣ брачномъ не будутъ нарушены [1]).

Десять лѣтъ спустя послѣ этого соглашенія, вновь возникли тренія между двумя правительствами.

Въ 1889 года 16 апрѣля Прусское Министерство издаетъ новый циркуляръ, касательно браковъ русскихъ подданныхъ въ Пруссіи. Министерство сообщаетъ, что, издавая циркуляръ 2 марта 1871 года, коими русскіе подданные освобождались въ Пруссіи отъ предъявленія «Trauschein»—а, оно исходило изъ того предположенія, что русскій законъ въ вопросѣ о формѣ брака держится начала «locus regis actum». Оказывается (!!),

---

[1]) Въ 1880 г. Германское Правительство составило для «Standesbeamten» инструкцію, обязывающую ихъ при заключеніи браковъ русскихъ принимать во вниманіе и существующія въ Россіи законоположенія. Въ томъ же 1880 г. М. В. Д. сообщилъ всѣмъ союзнымъ правительствамъ о препятствіяхъ къ браку, извѣстныхъ русскому закону.

что русскій законъ требуетъ отъ русскихъ безусловно церковнаго вѣнчанія. Этому требованію въ Пруссіи почти безъ исключенія нельзя дать удовлетворенія, а потому русскіе подданные православнаго исповѣданія фактически (thatsächlich) не могутъ заключать дѣйствительныхъ по русскому закону браковъ. «Damit fällt aber die Voraussetzung der Circulärverfügung vom 2 März 1871 hinweg, und es wird die letztere daher hiermit aufgehoben».

Съ отмѣною льготы, дарованной Циркуляромъ 2-го марта 1871 года, русскіе подданные, желающіе совершить бракъ въ предѣлахъ Пруссіи, опять подпали подъ дѣйствіе закона 13 мая 1854 года, т. е. должны представлять удостовѣренія русской власти о томъ, что имъ разрѣшено заключать бракъ по прусскимъ гражданскимъ законамъ

Намъ совершенно неизвѣстны тѣ побужденія, коими руководилось прусское правительство, отмѣняя свое распоряженіе отъ 2-го марта 1871 года. Намъ ясно и кажется безспорнымъ одно: разсужденія, изложенныя въ циркулярѣ отъ 16 апрѣля 1889 г. нелогичны.

Въ силу закона 13 марта 1854 г. «Trauschein» долженъ свидѣтельствовать, какъ мы видѣли выше, только одно: именно, что брачующіеся «nach dortigen Gesetzen *unbeschadet ihrer Staatsangehörigkeit* zur Eingehung einer Ehe im Auslande befugt sind, oder die nach diesen Gesetzen etwa erforderliche Erlaubniss zu der beabsichtigten Ehe erhalten haben». Вопросъ о *формѣ* брака здѣсь очевидно не играетъ рѣшительно никакой роли, такъ какъ прусское правительство считало важнымъ удостовѣриться, что данное иностранное государство вообще не требуетъ отъ своихъ подданныхъ для заключенія браковъ заграницей особаго разрѣшенія отъ своего правительства. Но совершатъ ли дѣйствительно, напр. русскіе подданные *церковное* вѣнчаніе послѣ гражданскаго брака, какъ это требуетъ русскій законъ, это—вопросъ факта, каковой не можетъ быть обезпеченъ никакими мѣрами мѣстныхъ властей. Соображенія германскаго правительства были бы правильны лишь при томъ условіи, если бы церковный бракъ былъ

введенъ въ германскую законодательную систему, какъ обязательная форма, хотя бы для извѣстной категоріи лицъ Но очевидно, что при настоящемъ положеніи вещей несоблюденіе русскаго церковнаго обряда нисколько не нарушаетъ мѣстнаго публичнаго порядка и не оскорбляетъ мѣстнаго территоріальнаго суверенитета.

И къ чему же ведетъ точка зрѣнія, принятая прусскимъ правительствомъ? Такъ какъ русскія власти вообще не призваны по закону выдавать брачующимся какія либо разрѣшительныя свидѣтельства, то указанное распоряженіе его сводится къ воспрещенію совершать въ общемъ порядкѣ въ предѣлахъ Прусскаго Королевства браки русскихъ православныхъ подданныхъ, и русскіе подданные оказались предоставленными на милость Министровъ Юстиціи, Культовъ и Внутреннихъ Дѣлъ, уполномоченныхъ § 2 закона 13 марта 1854 года давать *специальныя* диспенсаціи [1]).

Итакъ, льгота, дарованная русскимъ подданнымъ распоряженіемъ 2 марта 1871 года, рухнула. А скоро оказалось, что и соглашеніе 1879 года между германскимъ и русскимъ правительствами также не достигаетъ своей цѣли. Въ силу этого соглашенія, какъ мы видѣли выше, «Standesbeamten» обязаны были удостовѣряться, поскольку дозволителенъ предполагаемый брачный союзъ съ точки зрѣнія русскаго церковнаго и гражданскаго права. Но какимъ путемъ эти чиновники, впервые видящіе обращающихся къ нимъ русскихъ, могутъ удостовѣриться въ томъ, что *данныя лица* отвѣчаютъ личнымъ условіямъ вступленія въ бракъ? Не имѣя, конечно, въ своемъ распоряженіи никакихъ данныхъ къ сужденію объ этомъ, германскіе чиновники стали отказывать въ совершеніи для русскихъ поддан-

---

1) Въ 1889 г. 9 сентября Германскій посолъ сдѣлалъ Министерству И. Д. заявленіе, что эти диспензаціи будутъ выдаваться лишь русскимъ подданнымъ, личность которыхъ представляетъ серьезныя гарантіи того, что они имѣютъ намѣреніе и возможность вступить послѣ гражданскаго и въ церковный бракъ. Но «такъ какъ православныхъ священниковъ въ Пруссіи очень немного, то русскіе подданные *православнаго исповѣданія* рѣже другихъ будутъ получать диспензаціи за невозможностью для нихъ соблюсти постановленія русскаго закона».

ныхъ гражданскаго брака безъ представленія брачущимися соотвѣтственнаго свидѣтельства (Trauschein).

Здѣсь возникъ новый рядъ затрудненій. Какая власть можетъ выдавать подобныя «Trauscheine»?! Многія брачущіеся нашлись вынужденными обращаться за подобными удостовѣреніями къ мѣстнымъ русскимъ миссіямъ, и, дѣйствительно, нѣкоторыя миссіи, не признавая возможнымъ отклонить отъ себя всякое участіе въ этомъ дѣлѣ, выдавали въ иныхъ случаяхъ свидѣтельства о томъ, что «миссіи неизвѣстны препятствія къ браку того или другого лица».

Но эта практика не встрѣтила сочувствія со стороны русскаго правительства [1]). Она входитъ въ противорѣчіе съ нашимъ законодательствомъ, предоставляющимъ дѣла брачныя, во всѣхъ ихъ стадіяхъ, вѣдѣнію *духовной* власти.

А, съ другой стороны, миссіи, выдавая подобныя свидѣтельства, берутъ на себя отвѣтственность, выдавая отъ имени русскаго правительства свидѣтельства, въ достовѣрности которыхъ сами не убѣждены.

Какъ же справилась судебная практика съ этими затрудненіями? Нѣкоторыя миссіи, исходя изъ того соображенія, что необходимыя и вполнѣ достовѣрныя свѣдѣнія могутъ быть добыты миссіей только изъ Россіи, выдавали удостовѣренія для браковъ не иначе, какъ по предварительному соглашенію съ подлежащими властями въ Россіи [2]).

Принципіальный вопросъ о правѣ дипломатическихъ представителей выдавать русскимъ подданнымъ «Trauschein»'ы вызвалъ междувѣдомственную переписку. Вѣдомство Православнаго Исповѣданія (Оберъ-Прокуроръ К. Побѣдоносцевъ) [3]) предложило различать: диплома-

---

[1]) Отношеніе М. В. Д.—Д-ту Дух. Дѣлъ 21 февр. 1889 г. (№ 3435); Отношеніе Вѣдомства Православнаго Исповѣданія г. Министру Иностранныхъ Дѣлъ, 11 сентября 1889 г. (№ 233); Отношеніе М. И. Д., г. Министру Юстиціи, 8 марта 1890 г. (№ 1710).

[2]) Отношеніе Императорской Миссіи въ Стутгартѣ 16(28) апрѣля 1888 г. (№ 119) Министерству Иностранныхъ Дѣлъ. Отношеніе Императорской Россійской миссіи въ Гамбургѣ 11(23) марта 1889 г. (№ 70) М-ву И. Д.

[3]) Отношеніе Вѣдомства Православнаго Исповѣданія г. Министр И. Д., 18 сентября 1888 г. (№ 310).

тическіе наши представители заграницей могутъ выдавать безпрепятственно удостовѣренія о возможности или невозможности признанія вообще за заграничнымъ бракомъ силы законнаго супружескаго союза въ предѣлахъ Россіи [1]) Но на разрѣшеніе вопроса о томъ, могутъ ли *тѣ или другія лица* быть допущены къ бракосочетанію, или же имѣются къ сему какія либо законныя препятствія, миссіи не уполномочены: это входитъ исключительно въ компетенцію духовной власти. Отзывъ послѣдняго содержанія «могъ бы быть сообщенъ германскимъ властямъ по предварительномъ истребованіи дипломатическими нашими представителями надлежащихъ по сему предмету свѣдѣній отъ пребывающихъ заграницею и имѣющаго совершить по чину православной церкви само бракосочетаніе. православнаго русскаго церковнаго причта».

Болѣе упрощенный Проектъ предложилъ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій [2]). Исходя изъ того соображенія, что главнѣйше заинтересованными въ законности брака являются сами брачущіеся, и что именно этимъ лицамъ наиболѣе извѣстны всѣ обстоятельства, могущія препятствовать вступленію ихъ зъ бракъ, Министръ Внутреннихъ Дѣлъ полагаетъ установить: 1) браки русскихъ подданныхъ въ Германіи могутъ быть заключаемы не иначе, какъ по представленіи брачущимися свидѣтельства отъ русскихъ миссій о неимѣніи препятствій къ браку, 2) миссіи, предварительно выдачи таковаго свидѣтельства, объявляютъ брачущимся о тѣхъ требованіяхъ, которыя русскимъ закономъ поставлены для заключенія законнаго брака, 3) брачущіеся должны давать миссіи подписку въ томъ, что такое объявленіе имъ сдѣлано, и что обстоятельствъ, препятствующихъ по русскому закону, вступленію ихъ въ бракъ, не имѣется.

---

[1]) Это, въ сущности говоря,—не свидѣтельство о законности *даннаго* брака, а скорѣе справка миссіи о русскихъ законахъ, по вопросу объ *общей* допустимости браковъ заграницей.

[2]) Министерство Внутреннихъ Дѣлъ. Отношеніе отъ 21 февраля 1889 г. (№ 3435) Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

Такого рода наивный проектъ, предложенный Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ, не могъ, конечно, найти одобренія со стороны прочихъ Вѣдомствъ. Всѣ Министерства (М. И. Д., М. Ю., Оберъ-Прокуроръ Св. Синода) единодушно высказались противъ него. Указывалось на то, что по русскому закону дипломатическіе и консульскіе представители не уполномочены выдавать какія-либо предбрачныя свидѣтельства; къ тому же проектированныя М. В. Д. правила отнюдь не обезпечивали бы за браками, совершенными германскими властями съ соблюденіемъ предложенныхъ условій, непремѣнной силы законнаго супружескаго союза въ Россіи.

Нисколько не лучше и правило, проектированное въ *Проектѣ Гражданскаго Уложенія* (Семейств. Право, т. I, ст. 104). «Предбрачное оглашеніе русскаго подданнаго производится не только заграницею, по дѣйствующимъ въ мѣстѣ совершенія бракосочетанія законамъ, но и въ Россіи въ послѣднемъ, предъ выѣздомъ заграницу, мѣстѣ его жительства. Совершающій въ Россіи оглашеніе удостовѣряется въ отсутствіи препятствій къ браку и въ соблюденіи требованій закона для вступленія въ бракъ и выдаетъ въ томъ свидѣтельство». «Оглашеніе предположеннаго брака въ Россіи не требуется, когда вступающія въ бракъ лица живутъ въ мѣстѣ, въ которомъ предположено вѣнчаніе, болѣе одного года. Въ семъ случаѣ свидѣтельство въ отсутствіи препятствій къ браку и въ соблюденіи требованій закона для вступленія въ бракъ выдается либо русскими дипломатическими или консульскими агентами, либо причтомъ заграничной православной церкви, состоящей въ вѣдѣніи русской власти».

Итакъ, по общему правилу, согласно Проекту, свидѣтельства (Trauschein) выдаются русскимъ причтомъ послѣ оглашенія и *на основаніи оглашенія*. Если приступающіе къ браку живутъ заграницею въ томъ мѣстѣ, гдѣ предположено вѣнчаніе болѣе одного года, «они стали достаточно извѣстны жителямъ данной мѣстности, чтобы послѣдніе могли указать на существующее препятствіе къ браку» (Объясн. Зап. т. I, стр. 155),

«ближайшая связь данныхъ лицъ съ мѣстностью, въ которой они жили до выѣзда заграницу, прекратилась», а потому свидѣтельства могутъ выдаваться и дипломатическими или консульскими органами [1]).

Но на основаніи чего же эти органы будутъ выдавать подобныя свидѣтельства?! Вѣдь, оглашеній производить они не могутъ, полагаться же на добросовѣстную подписку брачующихся опасно! «Объяснительная Записка» хранитъ полное молчаніе по этому вопросу. Нельзя признать цѣлесообразнымъ и годовой срокъ, разграничивающій компетенцію духовную отъ свѣтской (миссіи). Предположеніе, что годовое проживаніе заграницей прерываетъ связь съ родиной, ни на чемъ не основано. Намъ думается, что и по истеченіи этого срока надо сохранить обрядъ оглашенія на родинѣ. Роль консульскихъ и посольскихъ органовъ должна быть исключительно посредническая: они удостовѣряютъ лишь подлинность свидѣтельства, выдаваемаго духовною властью и представляемаго «Standesbeamte» брачующимися.

IV.

Изъ дѣйствія правила locus regit actum международное право допускаетъ въ интересахъ международнаго общенія важное исключеніе: оно знаетъ такъ называемые *дипломатическіе* и *консульскіе* браки. Компетентность дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ основывается, какъ на полномочіи отечественной суверенной власти, такъ и на согласіи мѣстной территоріальной власти: внѣ этого согласія иностранный суверенитетъ былъ бы оскорбленъ отправленіемъ должностныхъ функцій чужеземными чиновниками [2]).

[1]) *Объясн. Записка*, т. I, стр. 155: «Упомянутыя возраженія противъ предоставленія дипломатическимъ или консульскимъ органамъ права выдавать свидѣтельства въ отсутствіе препятствій къ браку съ точки зрѣнія проекта теряютъ свое значеніе, такъ какъ проектъ, въ отличіе отъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, содержитъ всѣ правила, коими въ отдѣльныхъ исповѣданіяхъ устанавливаются препятствія къ браку, и, слѣдовательно, рѣшеніе вопроса, является ли данный бракъ дозволеннымъ, не представитъ какихъ-либо трудностей».

[2]) Попытка нѣкоторыхъ ученыхъ основывать дипломатическіе браки на экстерриторіальности посольскихъ зданій давно уже осуждена наукой права. *Bar*, I, стр. 466.

Если въ признаніи этого принципа сходятся большинство юристовъ, то контроверза поднимается, какъ только мы приступимъ къ деталямъ. Нашу тему интересуетъ въ частности вопросъ: изъяты ли изъ дѣйствія «locus regit actum» браки русскихъ, заключенные въ государствахъ съ гражданской формой брака, въ *посольскихъ Церквахъ*? Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ той или другой точки зрѣнія на объемъ экстерриторіальности, присвоенной Посольскимъ Церквамъ.

Въ междувѣдомственной и междуправительственной перепискѣ, возникшей въ 80-хъ годахъ, по вопросу о формѣ брака русскихъ въ Германіи и Министерство Иностранныхъ Дѣлъ [1]) и Оберъ-Прокуроръ Св. Синода [2]) держались того воззрѣнія, что Православныя Церкви, состоящія при нашихъ посольствахъ или миссіяхъ, должны пользоваться правомъ *внѣземельности*, и потому не могутъ подвергаться дѣйствію германскаго закона 6 февраля 1875 года. Иначе говоря, Германское Правительство не имѣетъ права требовать отъ насъ запрещенія священникамъ нашихъ посольскихъ церквей вѣнчать браки безъ предварительнаго гражданскаго обряда, и, по силѣ необходимости, оно должно ограничиться одною мѣрою непризнанія сихъ браковъ законными относительно гражданскихъ послѣдствій.

Мы отмѣтили выше, цитируя этотъ документъ, ту робость, съ которой указанныя Министерства дѣлали свои выводы изъ принципа внѣземельности посольскихъ зданій: эта внѣземельность оказывается, хотя и отно-

---

[1]) *Письмо Министра И. Д.* Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 17 февраля 1879 г. (№ 1160).—Болѣе подробная мотивировка въ *Нотѣ М. И. Д.* 7 февраля 1881 г. (№ 1192) послу въ Берлинѣ. «По мнѣнію М. И. Д., церкви, находящіяся при посольствахъ и миссіяхъ, составляютъ часть тѣхъ посольствъ и миссій, при которыхъ онѣ находятся, и пользуются правами и преимуществами имъ присвоенными. Совершеніе религіозныхъ обрядовъ по правиламъ того исповѣданія и по законамъ той страны, которой принадлежитъ посольство и находящаяся при ней Церковь, безъ вмѣшательства иностраннаго правительства, составляетъ, безъ сомнѣнія, неотъемлемое право таковыхъ церквей... Съ другой стороны, священникъ, какъ священнослужитель посольской церкви, есть лицо, принадлежащее къ составу посольства, а потому не можетъ быть подвергнутъ денежному штрафу по распоряженію Германскаго Правительства».

[2]) Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода г. Толстого М-ру И. Д. 7 марта 1879 г. (№ 1151).

сится не до лицъ, а до *зданій*, однако, ею могутъ пользоваться только русскіе подданные. Болѣе логично и прямолинейно въ своихъ выводахъ II-ое Отдѣленіе собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи Въ своемъ отношеніи отъ 11 марта 1879 года (№ 179) Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу оно высказало такое сужденіе: «при совершеніи браковъ въ посольскихъ церквахъ, нахожу совершенно правильнымъ примѣнять къ нимъ *во всей полнотѣ* право экстерриторіальности. Соотвѣтственно сему, браки какъ лицъ православнаго вѣроисповѣданія, такъ и смѣшанные, *къ какому бы подданству вступающіе въ оные не принадлежали* (къ русскому ли оба; или одинъ изъ нихъ къ иностранному), всѣ безъ изъятія, кажется, могли бы быть вѣнчаны по существующимъ въ Россіи, на этотъ предметъ, законамъ церковнымъ и гражданскимъ».

Таково принципіальное отношеніе русскаго правительства къ бракамъ, заключаемымъ въ Посольскихъ Церквахъ: исходная точка зрѣнія—*начало внѣземельности* Посольскихъ Церквей.

Того же самого воззрѣнія держалось первоначально (въ 1879 году) и Германское Правительство [1]). Но уже въ томъ же 1879 году германскій посолъ Швейницъ нотой отъ 18 (6) іюля 1879 г. (№ 2484а) сдѣлалъ заявленіе русскому Правительству, что гражданскій обрядъ долженъ предшествовать даже бракамъ двухъ русскихъ подданныхъ въ русской посольской Церкви.

Браки, совершенные при неисполненіи этого условія, не повлекутъ за собою послѣдствій законнаго брака. Въ слѣдующемъ—1880-омъ году—Германское Правительство окончательно формулировало свой взглядъ на «посольскіе браки». «Германское правительство не можетъ принять воззрѣнія, защищаемое Императорскимъ Россійскимъ посольствомъ, по которому браки, совершенные въ посольской церкви, считаются какъ бы совершенными на русской территоріи; правительство это можетъ только признать, согласно ученію новѣйшихъ

---

[1]) Декларація фонъ-Бюлова, 20 іюня 1879 г. № 7059.

международниковъ, что фикція экстерриторіальности касается только членовъ посольства, но ни какъ не всѣхъ иностранцевъ или даже туземцевъ во время ихъ пребыванія въ зданіи посольства» [1]). Что же касается вопроса о необходимости гражданскаго порядка бракосочетанія, то Германское Правительство формулировало [2]) свои воззрѣнія въ слѣдующихъ трехъ тезисахъ: «1) бракосочетаніе иностранныхъ *дипломатическихъ чиновниковъ* въ посольскихъ церквахъ изъято отъ дѣйствія Германскаго закона; 2) для другихъ же лицъ, не пользующихся правомъ экстерриторіальности, предварительный гражданскій обрядъ обязателенъ для признанія брака законнымъ въ Германіи, хотя бы они вѣнчались и въ посольскихъ церквахъ; 3) въ случаѣ вѣнчанія въ другихъ не посольскихъ церквахъ, гражданскій обрядъ во всякомъ случаѣ обязателенъ».

Какъ видимъ, Германское Правительство проводитъ различіе между браками, вѣнчанными въ посольскихъ и не посольскихъ церквахъ. Въ первомъ случаѣ, гражданскій обрядъ считается необходимымъ *для признанія законности брака въ Германіи*, во-второмъ же случаѣ гражданскій обрядъ является *безусловно обязательнымъ* (какъ для дипломатическихъ чиновниковъ, такъ и прочихъ лицъ), т. е. германскіе власти имѣютъ право не только отвергнуть законность брака, но и наложить извѣстный штрафъ, опредѣленный закономъ, на священника, совершившаго вѣнчаніе безъ предварительнаго гражданскаго брака. Очевидно, что Германское Правительство признаетъ священниковъ посольскихъ церквей лицами, принадлежащими къ посольству, и пользующимися вслѣдствіе того правами внѣземельности, а потому изъятыми отъ денежныхъ штрафовъ. Въ этомъ послѣднемъ пунктѣ воззрѣнія германскаго правительства вполнѣ совпадаютъ съ взглядами русскаго правительства.

Но помимо этой частичной солидарности, глубокая пропасть отдѣляетъ германскую доктрину отъ русской.

---

[1]) Записка Германскаго Министерства. Августъ. 1880.

[2]) Донесеніе Посла Сабурова изъ Берлина Министру Иностранныхъ Дѣлъ 30 іюля 1880 г. (№ 1443).

Изъятіе отъ дѣйствія германскаго закона допускается имъ только для бракосочетаній въ посольскихъ церквахъ иностранныхъ дипломатическихъ чиновниковъ.

Мы не можемъ не отдать предпочтенія германской точки зрѣнія передъ русской. Русская точка зрѣнія исходитъ, какъ мы видѣли, отъ ученія объ экстерриторіальности посольскихъ *зданій*. Это ученіе явно несостоятельно и можетъ считаться похороненнымъ въ наукѣ права; а потому неправильны и всѣ логическія консеквенціи изъ него, которыя дѣлаетъ русское правительство.

V.

Изложенныя нами въ предшествующихъ очеркахъ историческія данныя по вопросу о формѣ браковъ русскихъ заграницею помогутъ намъ уяснить содержаніе и оцѣнить значеніе «Циркуляра Второго Д-та М. И. Д. въ Посольства, Миссіи и Консульства отъ 8 августа 1911 г. о порядкѣ совершенія браковъ россійскихъ подданныхъ заграницею».

Мы привели выше текстъ этого Циркуляра полностью. Этотъ циркуляръ обращенъ къ «Посольствамъ, Миссіямъ и Консульствамъ», но, какъ всякій актъ, содержащій въ себѣ норму права, онъ первымъ дѣломъ обращенъ непосредственно къ всѣмъ русскимъ подданнымъ. Редакція Циркуляра даже подчеркиваетъ это: циркуляръ предостерегаетъ русскихъ подданныхъ не уклоняться отъ предварительнаго гражданскаго брака, иначе «бракъ будетъ считаться недѣйствительнымъ во всѣхъ государствахъ, кромѣ Россіи» [1]). Редакція этого циркуляра, носящая дидактическій характеръ, не носитъ на себѣ слѣдовъ тридцатилѣтней борьбы русскихъ церковно-правовыхъ принциповъ съ требованіями граж-

---

[1]) Въ виду важнаго соціальнаго значенія Циркуляра нельзя не пожалѣть, что правительство не озаботилось болѣе широкой его публикаціей. Содержаніе Циркуляра д. с. п. неизвѣстно русскому обществу. Оно доступно лишь спеціалистамъ, слѣдящимъ за движеніемъ нашего законодательства и административной практики.

данскаго нѣмецкаго законодательства. Отъ глазъ обывателя скрыта закулисная сторона дѣла и уступка требованіямъ иностранныхъ властей придана форма добровольнаго законодательствованія. «Законы мѣста совершенія брака должны быть соблюдены прежде всего, такъ какъ лица, находящіяся на территоріи иностраннаго государства, подлежатъ его верховенству». Эта фраза очевидно взята у *Savigny* (System. VIII, § 381), хотя трудно повѣрить, что авторы циркуляра были непосредственно знакомы съ наукой права. «Если поэтому русскіе подданные, вступающіе въ бракъ, вздумали бы обвѣнчаться только въ Церкви ихъ вѣроисповѣданія, не совершивъ предварительно брака гражданскимъ порядкомъ,—въ тѣхъ государствахъ, гдѣ это требуется, *то бракъ ихъ будетъ недѣйствителенъ, кромѣ какъ въ Россіи*».

Такова мотивировка циркуляра. Теперь обратимся къ содержанію его.

Циркуляръ вводитъ обязательный *гражданскій бракъ* для «русскихъ подданныхъ», вступающихъ въ бракъ заграницей. Это—предварительная обрядность, за которой долженъ слѣдовать церковный бракъ, которому только и присваивается сила законнаго брака въ Россіи. Мы видѣли выше (очеркъ II), что русское правительство никогда *въ принципѣ* не противилось серьезно признанію обязательности гражданскаго брака русскихъ подданныхъ въ указанномъ значеніи. Затрудняло не признаніе принципа, а—его фактическое осуществленіе (очеркъ III). Въ этомъ отношеніи значеніе циркуляра относительно. Онъ формулируетъ то, что раньше не было формулировано, но всегда признавалось русской правительственной властью. При этихъ условіяхъ на нашу правительственную власть ложилась обязанность, на ряду съ принципіальнымъ признаніемъ предварительнаго гражданскаго брака, дать еще руководящія указанія по тѣмъ вопросамъ, которые рождались всегда на практикѣ, и которые служили и будутъ продолжать служить помѣхой къ *осуществленію* либеральнаго принципа. Что сдѣлало въ этомъ отношеніи разбираемый циркуляръ?

Почти что ничего!

Мы видѣли выше (конецъ очерка III), что въ нашей юриспруденціи споренъ вопросъ: *на кою* распространяется обязательность церковной формы брака? Только на православныхъ, или также и на католиковъ, протестантовъ и евреевъ? Циркуляръ не даетъ на этотъ вопросъ яснаго отвѣта. Онъ начинается ссылкой на обязательность церковнаго брака «лицъ всѣхъ *христіанскихъ* исповѣданій» (ст. 65 т. X г. I), но въ дальнѣйшемъ изложеніи говоритъ обще о «русскихъ подданныхъ». Этимъ самымъ открывается судебной и административной практикѣ просторъ для всевозможныхъ толкованій и сомнѣній. Мы лично полагаемъ, что подъ именемъ «русскихъ подданныхъ» циркуляръ имѣетъ въ виду всѣхъ лицъ *христіанскихъ* исповѣданій. Объ евреяхъ циркуляръ умалчиваетъ.

Если наше предположеніе вѣрно, то мы можемъ отмѣтить слѣдующее явленіе. Касательно браковъ русскихъ католиковъ и протестантовъ взглядъ русскаго правительства остался тотъ же: для дѣйствительности ихъ брака необходима *церковная* форма. Касательно же евреевъ, взглядъ правительства, повидимому, измѣнился: они могутъ совершать заграницей браки въ *гражданской* формѣ, безъ послѣдующаго освященія своего союза благословеніемъ раввина. Это новшество нельзя не привѣтствовать. По еврейскому праву, участіе духовенства не есть необходимое условіе дѣйствительности брака; къ ихъ браку примѣнимо общее положеніе о силѣ договоровъ, заключаемыхъ заграницей (ст. 464, 707 У. Г. С.), т. е. достаточно соблюденіе мѣстной гражданской формы брака.

Наоборотъ, сохраненіе обязательной церковной формы для католиковъ и протестантовъ привѣтствовать нельзя. По ученію католической церкви, таинство брака заключается не въ участіи церкви, а въ согласіи брачущихся. Протестанты тѣмъ паче не придаютъ значенія за церковнымъ вѣнчаніемъ. При этихъ условіяхъ ясно, что ст. 61 т. X ч. 1, требующая отъ лицъ всѣхъ христіанскихъ исповѣданій, церковнаго вѣнчанія глубоко отличается отъ ст. 31 т. X ч. 1, требующей цер-

ковнаго обряда отъ православныхъ: тогда какъ, въ бракахъ православныхъ священникъ является «causa efficiens matrimonii» и религіозный обрядъ разсматривается закономъ не только какъ формальное, но и какъ *матеріальное* условіе брака, въ бракахъ католиковъ священникъ играетъ роль лишь «testis spectabilis» а таинство брака заключается въ самомъ согласіи сторонъ (per verba de praesenti), а потому религіозный обрядъ, предписанный русскимъ закономъ, имѣетъ лишь *формальное* значеніе;—но какъ всякое формальное условіе, предписаніе церковнаго обряда, должно уступить дѣйствію общегражданскаго принципа «locus regis actum» [1]).

Распространяя принципъ православнаго брачнаго права на браки католиковъ и протестантовъ и отказываясь признавать заграничные гражданскіе браки своихъ неправославныхъ подданныхъ, циркуляръ 8 августа 1911 года оскорбляетъ принципъ невмѣшательства нашего правительства въ догматическое ученіе инославныхъ церквей, а вмѣстѣ съ тѣмъ нарушаетъ и международное обычное право и наши основные законы (Сводъ Зак., т. I, ст. 46).

Выше (очеркъ III) мы доказали, что, если въ вопросѣ о допущеніи предварительнаго гражданскаго брака, предшествующаго церковному обряду, принципіальная точка зрѣнія нашего правительства всегда склонялась къ разрѣшенію его въ томъ же смыслѣ, въ какомъ онъ разрѣшенъ въ циркулярѣ 8 августа 1911 года, то въ дѣлѣ практическаго осуществленія этого принципа встрѣтились затрудненія, заставившія поломать себѣ голову нашимъ властямъ. И самый важный вопросъ— *какая власть уполномочена выдавать «Trauscheine»*, требуемыя чиновниками, совершающими гражданскіе браки? Этотъ вопросъ такъ и остался открытымъ, въ результатѣ десятилѣтней междувѣдомственной переписки.

---

[1]) Ср. *Мандельштамъ*, т. II, стр. 193—205.—Укажемъ кстати на то, что греческое брачное право держится воззрѣнія, защищаемаго нами въ текстѣ. Браки неправославныхъ и не-христіанъ могутъ быть заключены и въ формѣ мѣстнаго гражд. закона.

Циркуляръ 8 августа 1911 года не содержитъ никакихъ руководящихъ указаній по этому спорному вопросу, и это лишаетъ благія начинанія Второго Департамента М. И. Д. всякаго практическаго значенія. Циркуляръ оказался написаннымъ «всуе».

Много споровъ, какъ мы видѣли выше (очеркъ IV), вызвали такъ называемые *«посольскіе браки»*. Германскіе власти настаивали на экстерриторіальности дипломатовъ; русскіе власти—на экстерриторіальности посольскихъ церквей. Циркуляръ 8 августа 1911 года содержитъ такое постановленіе: «совершеніе обряда заключенія брака предъ чиновникомъ гражданскаго состоянія не требуется для лицъ, принадлежащихъ къ дипломатическому корпусу, пользующихся правами экстерриторіальности, но при этомъ, если женихъ, принадлежащій къ дипломатическому корпусу, желаетъ вступить въ бракъ съ невѣстою, которая не входитъ въ составъ послѣдняго, или если наоборотъ, невѣста, принадлежащая къ дипломатическому корпусу, желаетъ выйти не за дипломата, то бракосочетаніе должно быть совершено также согласно общимъ вышеприведеннымъ правиламъ».

Многорѣчивая редакція этого пункта указываетъ на то, что составители циркуляра ставили довольно низко пониманіе тѣхъ лицъ, къ коимъ они обращались. Рѣчь идетъ отдѣльно о женихѣ и отдѣльно о невѣстѣ; авторы циркуляра думали разжевать ту мысль, которая можетъ быть уложена въ одной фразѣ: «если одна изъ сторонъ не принадлежитъ къ дипломатическому корпусу, то».... Многословіе какъ разъ затемнило уясненіе смысла циркуляра.

Обратимся теперь къ содержанію разсматриваемаго правила. Читателю не можетъ не броситься въ глаза непростительный lapsus, искажающій мысль, несомнѣнно лежавшую въ намѣреніи авторовъ циркуляра. Циркуляръ—horribile dictu!—говоритъ объ «экстерриторіальности дипломатическихъ браковъ». Авторы циркуляра забыли, что изъятымъ изъ дѣйствія мѣстнаго закона можетъ быть лишь бракосочетаніе дипломатическихъ чиновниковъ, *совершаемое въ посольскихъ цер-*

квахъ. Въ случаѣ вѣнчанія въ другихъ не посольскихъ церквахъ, предварительный гражданскій обрядъ во всякомъ случаѣ обязателенъ, для всѣхъ лицъ — даже для дипломатовъ.

Экстерриторіальность брака предполагаетъ совершеніе его въ *посольскомъ зданіи*—такова была всегда принципіальная точка зрѣнія русскаго правительства (см. выше очеркъ IV) Мало того! Это—было всегдашнимъ требованіемъ германскаго правительства!

Во имя чего же циркуляръ 8 августа 1911 года разрываетъ традиціи, установленныя въ согласіи съ наукою права, многолѣтней русской практикою и рѣшается, въ нарушеніе территоріальнаго суверенитета, законодательствовать въ той области, которая входитъ въ сферу власти мѣстнаго (иностраннаго) законодателя!?

Мы видѣли выше (очерки II и III), что гражданскіе браки русскихъ подданныхъ заграницею не составляютъ, съ точки зрѣнія русскаго закона, супружескаго союза. Необходимо церковное вѣнчаніе. Но существуетъ опасность, что русскіе, совершивъ гражданскій обрядъ по той или иной причинѣ, упустятъ обрядъ церковный [1]).

Вотъ почему, на обязанности нашего правительства лежитъ принять мѣры къ тому, чтобы въ нѣкоторой степени обезпечить совершеніе русскими подданными и церковнаго обряда [2]). Какую позицію занимаетъ къ этому вопросу циркуляръ 8 августа 1911 года?

Онъ ограничивается лишь мѣрами къ тому, чтобы былъ соблюденъ *гражданскій* обрядъ, но обезпечить соблюденіе *церковнаго* обряда онъ и не подумалъ. Въ

---

[1]) Для избѣжанія этой-то опасности на Западѣ (напр. въ Германіи) запрещается вступать въ религіозный бракъ до совершенія брака гражданскаго.

[2]) Напомнимъ, что опасеніе это настолько занимало наше правительство въ 80-хъ годахъ, что Оберъ-Прокуроръ К. Побѣдоносцевъ предлагалъ даже войти въ сношеніе съ германскимъ правительствомъ и просить его или 1) измѣнить законъ 6 февраля 1875 г. въ томъ смыслѣ, что церковное вѣнчаніе должно предшествовать гражданскому обряду или 2) дополнить этотъ законъ постановленіемъ, что законнымъ въ Германіи будетъ считаться гражд. бракъ лишь послѣ исполненія церковнаго вѣнчанія.

этомъ—крупный пробѣлъ разсматриваемаго документа. Но какъ же обезпечивается соблюденіе гражданскаго брака? А очень просто: циркуляръ дважды напоминаетъ русскимъ объ одномъ и томъ же: если русскіе подданные, вступающіе въ бракъ, вздумали бы обвѣнчаться только въ Церкви ихъ вѣроисповѣданія, не совершивъ предварительно брака гражданскимъ порядкомъ, — въ тѣхъ государствахъ гдѣ это требуется, то бракъ *ихъ будетъ недѣйствителенъ, кромѣ какъ въ Россіи»*... «Безъ соблюденія правила, изложеннаго въ п. 1, бракъ русскихъ подданныхъ, совершенный въ православной Церкви заграницею, *будетъ считаться недѣйствительнымъ во всѣхъ государствахъ, кромѣ Россіи»*.

Послѣднее утвержденіе, выставляемое циркуляромъ, противорѣчитъ основнымъ понятіямъ науки частнаго международнаго права. Еще Savigny (System, VIII, 359) доказалъ, что подданные государства, признающаго лишь церковную форму вѣнчанія, могутъ прибѣгнуть къ ней и заграницей, хотя бы lex loci требовалъ совершенія гражданскаго обряда. Національная форма брака есть «Sitz der Ehe». И такой церковный бракъ можетъ не признаваться, какъ бракъ законный, на территоріи того государства, гдѣ онъ заключенъ, *но онъ будетъ почитаться законнымъ супружескимъ союзомъ во всѣхъ прочихъ государствахъ*.

То же самое положеніе высказывалось на Гаагскихъ конференціяхъ 1893, 1894 и 1900 годовъ. И мы видѣли выше (очеркъ II), что этотъ принципъ былъ кодифицированъ *Гаагской Конвенціей 12 іюня 1902 года*. Въ силу ст. 7: «Бракъ, ничтожный по формѣ въ мѣстѣ его совершенія, можетъ быть признанъ *дѣйствительнымъ въ другихъ странахъ*, если соблюдена національная форма каждаго изъ супруговъ». Напомнимъ, что эту конвенцію подписали едва ли не всѣ европейскія державы и во всѣхъ этихъ державахъ бракъ русскихъ, совершенный, напр. въ Германіи въ церковной формѣ, будетъ почитаться за законный супружескій союзъ, за исключеніемъ той страны, гдѣ онъ совершенъ, т. е. Германіи.

Какую же изумительную неосвѣдомленность проявили авторы циркуляра, выставляя такое смѣлое утвержденіе, что церковный бракъ русскихъ подданныхъ заграницею, безъ предварительнаго гражданскаго брака, *«будетъ считаться недѣйствительнымъ во всѣхъ государствахъ, кромѣ Россіи»!!!* [1]).

Тридцать лѣтъ идетъ междувѣдомственная переписка по вопросу о формѣ брака русскихъ заграницей, десятки Совѣщаній вырабатывали «Программы Русскаго Правительства» для предстоящихъ Гаагскихъ Конференцій, три конференціи спеціально занимались этимъ вопросомъ при участіи русскихъ делегатовъ, десять лѣтъ уже дѣйствуетъ Гаагская Конвенція 1902 года.... и всего этого оказалось недостаточнымъ для того, чтобы сдѣлать наши высшія правительственныя установленія мало-мальски освѣдомленными о настоящемъ положеніи вопроса!!

Быть можетъ, Второй Департаментъ Иностранныхъ Дѣлъ нарочно сдѣлалъ этотъ lapsus съ той цѣлью, чтобы устрашить русскихъ подданныхъ недѣйствительностью ихъ брака на всей планетѣ Земли, «кромѣ Россіи» и тѣмъ самымъ побудить ихъ не уклоняться отъ совершенія предварительнаго гражданскаго брака?— но и противъ этого пріема можно возразить многое.

Во-первыхъ, такія устрашенія не достигаютъ своей цѣли, ибо для русскихъ, вѣнчающихся, напр. въ Германіи, въ высшей степени безразлично, какъ смотрятъ на ихъ бракъ, напр. въ Японіи. А главное — такіе пріемы устрашенія, если бы они даже были цѣлесообразны, недопустимы, ибо они исходятъ отъ высшаго правительственнаго Учрежденія.

---

[1]) Можетъ быть, 2-й Департаментъ свою мотивировку заимствовалъ изъ мотивировки аналогичнаго бельгійскаго закона 20 мая 1882 года. Въ инструкціи, приложенной къ циркуляру съ объясненіями закона, бельгійское М-во И. Д. рекомендуетъ дипломатическимъ агентамъ употреблять всѣ средства къ отвлеченію бельгійскихъ подданныхъ отъ заключенія брака съ иностранкою, потому что «les mariages de cette dernière catégorie courrent le risque d'être considérés à l'étranger comme inexistants». Но бельгійцы были правы, такъ какъ, говоря «à l'étranger», подразумѣвали не весь цивилизованный міръ, а только страны съ церковной формой брака.

Циркуляръ 8-го августа 1911 года «въ посольства, миссіи и консульства», какъ затрагивающій интересы всѣхъ державъ, сообщенъ оффиціальнымъ путемъ всѣмъ правительствамъ, а этими послѣдними сообщены для свѣдѣнія мѣстнымъ властямъ.

По всему земному шару высмѣивается—къ нашему сраму—неосвѣдомленность и недогадливость русскаго правительства. Тридцать лѣтъ торговалось и колебалось оно положить односторонне понятое національное самолюбіе на жертвенникъ культуры, и когда рѣшилось сдѣлать это, то издало циркуляръ, полный непростительныхъ неясностей, пробѣловъ въ своей резолютивной части, и—погрѣшностей противъ основныхъ началъ частнаго международнаго права въ своей мотивировкѣ.

VI.

Намъ осталось сказать нѣсколько словъ по другому вопросу, стоящему въ тѣсной связи съ только что разобраннымъ циркуляромъ 8-го августа 1911 года. Мы имѣемъ въ виду *форму браковъ иностранцевъ въ Россіи.*

Поводъ къ обмѣну мнѣній между нашими Министерствами по этому вопросу далъ *Бельгійскій законъ 20-го мая 1882 года.* Бельгійское правительство хотѣло, чтобы русское правительство признало п. 3 этого закона, въ силу котораго браки между бельгійскими подданными и иностранцами заграницей могли быть совершаемы бельгійскими дипломатическими и консульскими агентами. Всѣ русскія Министерства безъ исключенія категорически и въ довольно энергичныхъ выраженіяхъ [1]) высказались противъ допущенія подобныхъ браковъ въ предѣлахъ Россіи [2]).

---

1) Оберъ-Прокуроръ Св. Синода К. Побѣдоносцевъ не остановился даже передъ тѣмъ, чтобы назвать «бракъ по бельгійскому закону» «*сожительствомъ*» (!!). См. Отношеніе *Вѣд-ва Прав. Испов.* 29 ноября 1882 г. (№ 189) М-ву И. Д.

2) Принятіе Россіей бельгійскаго закона «не отвѣчало бы достоинству Россіи». Имъ «нарушалось бы общее юридическое правило locus regit

Но наше правительство пошло далѣе и вообще категорически объявило, что «бракъ даже бельгійскихъ подданныхъ у консульскихъ агентовъ, какъ совершенный на нашей территоріи, въ формахъ, не установленныхъ нашимъ законодательствомъ, будетъ признаваться у насъ незаконнымъ» [1]). Религіозная де форма брака считается русскимъ правительствомъ нормой *публичнаго порядка*, которая была бы нарушена признаніемъ дѣйствительности гражданскихъ браковъ, даже совершаемыми иностранцами у ихъ національныхъ консуловъ. Въ самомъ дѣлѣ, всѣ сдѣлки, совершаемыя иностранными консулами, считаются сдѣлками совершаемыми на туземной территоріи. Разъ ни наука, ни практика не признаютъ экстерриторіальности консульской дѣятельности, то было бы нарушеніемъ основныхъ принциповъ права и оскорбленіемъ государственнаго суверенитета признаніе дѣйствительности такихъ сдѣлокъ, совершонныхъ иностранными властями на русской территоріи, которыя были бы абсолютно ничтожны, если были бы совершены русскими властями.

Однако, русское правительство не пошло такъ далеко, чтобы привлекать къ уголовной отвѣтственности бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ въ тѣхъ случаяхъ, если бы ими совершались браки на основаніи п. 3 помянутаго закона (смѣшанные браки бельгійцевъ съ русскими) [2]) и ограничилось лишь ука-

---

actum, примѣняемое почти повсемѣстно къ формамъ заключаемаго брака»; оно «было бы въ явномъ противорѣчіи съ признаваемою всѣми законодательствами, въ томъ числѣ и нашимъ, обязанностью иностранцевъ, проживающихъ въ предѣлахъ извѣстнаго государства, подчиняться существующимъ въ немъ законамъ». «Согласившись на примѣненіе у насъ новаго бельгійскаго закона, мы тѣмъ самымъ, косвеннымъ образомъ, признали бы законность гражданскаго брака на нашей территоріи и для извѣстной части нашихъ подданныхъ, т. е. измѣнили бы основное начало нашего законодательства».

[1]) Отношеніе М. И. Д. 15 января 1883 г. (№ 366) г-ну М. Ю. «Вступленіе въ гражданскій бракъ равносильно заключенію всякаго рода договоровъ и условій. Если же заключенный договоръ или условіе не соотвѣтствуетъ, по формѣ или по содержанію, требованіямъ мѣстнаго законодательства относительно договоровъ вообще, то естественнымъ послѣдствіемъ такого правонарушенія является недѣйствительность самого договора»...

[2]) М. Ю., 11 іюля 1883 г. (№ 15587) М-ру И. Д. указываетъ на «общепринятыя правила о взаимныхъ международныхъ отношеніяхъ» и на

заніемъ на тѣ неудобства, которыя сопряжены съ непризнаніемъ въ Россіи такого союза законнымъ бракомъ.

Обмѣнъ мнѣній между Министерствами далъ толчекъ къ окончательному формулированію точки зрѣнія русскаго правительства. Въ настоящее время судебная и административная наша практика можетъ быть резюмирована такъ. Гражданскіе браки иностранцевъ, совершаемые у *консуловъ*, безусловно недѣйствительны въ Россіи. Въ силу принципа экстерриторіальности дѣйствительны лишь браки, совершаемые иностранными *дипломатическими агентами* между ихъ соотечественниками.

Приступая къ критикѣ этихъ положеній, мы должны прежде всего указать на то, что ни одно узаконеніе въ Сводѣ Законовъ не даетъ матеріала для разрѣшенія вопроса о силѣ гражданскихъ браковъ въ Россіи [1]), а потому мы должны разрѣшить его на общихъ началахъ науки частнаго международнаго права.

Движеніе науки частнаго международнаго права идетъ по пути ослабленія обязательности правила locus regit actum [2]). На Гаагскихъ конференціяхъ 1893, 1894 и 1900 г.г. всѣ державы (за исключеніемъ Россіи) признали формальную дѣйствительность браковъ, заклю-

---

отсутствіе специальной ст. въ Ул. о Нак.—М. В. Д., 4 января 1884 года (№ 5761) М-ру И. Д. указываетъ еще на экстерриторіальность дипломатическихъ агентовъ.

[1]) Ст. 995 и 1007 т. IX Св. Зак. не касаются этого вопроса. Они говорятъ, что иностранцы, находясь въ Россіи, подлежатъ дѣйствію русскихъ законовъ. Но историческое толкованіе показываетъ, что ст. 995 спеціально предусматриваетъ подчиненіе *уголовнымъ* законамъ, а ст. 1007 говоритъ о правахъ иностранцевъ *по имуществу*. Несостоятельна ссылка весьма многихъ юристовъ на законъ 19 апрѣля 1874 года о бракахъ раскольниковъ: русское—де законодательство знаетъ гражданскій бракъ для извѣстной части населенія, а потому нѣтъ препятствій со стороны «публичнаго порядка» къ распространенію гражданской формы брака и на иностранцевъ. Помимо неправильности этого заключенія, укажемъ еще на то, что послѣ закона 17 окт. 1906 года (отд. I, ст. 39), говорить о *гражданской* формѣ браковъ раскольниковъ можно лишь по недоразумѣнію.

[2]) «Institut», сессія въ Лозанѣ (1888 г.) выработалъ «Международный регламентъ конфликтовъ законовъ въ области брака и развода», ст. 2 котораго гласитъ: «...признаются повсюду дѣйствительными со стороны формы: 2) дипломатическіе или консульскіе браки, совершенные въ формѣ страны посольства или консульства, если оба брачущіеся принадлежатъ этой странѣ».

ченныхъ передъ дипломатическими агентами и консулами,—подъ условіемъ, что оба брачующіеся—иностранцы въ томъ государствѣ, гдѣ заключенъ бракъ. Этотъ принципъ формулированъ въ ст 6 Конвенціи 12 іюня 1902 года. И это движеніе совпадаетъ съ тенденціей международнаго обычнаго права въ сторону расширенія компетентности консуловъ въ дѣлѣ заключенія браковъ.

Мы видимъ, что позиція, занятая русскимъ правительствомъ въ вопросѣ о формѣ браковъ иностранцевъ въ Россіи не согласуется съ общими началами частнаго международнаго права. Русское правительство ссылается на «публичный порядокъ». Но этотъ публичный порядокъ не такого свойства, что онъ безусловно несовмѣстимъ съ компромиссомъ въ этой области. Въ этомъ отношеніи починъ уже сдѣланъ со стороны *Сербіи*. Въ 1883 г. Сербія заключила конвенцію съ Германіей, въ силу которой (ст. 10) германскіе дипломатическіе и консульскіе агенты получили право совершать гражданскіе браки нѣмцевъ въ Сербіи. Тотъ же принципъ устанавливается по отношенію ко всѣмъ иностранцамъ *Проектомъ Гражд. Уложенія*. Ст. 106 гласитъ: «Иностранцы въ Россіи могутъ вступать въ бракъ другъ съ другомъ или на основаніи законовъ своего отечества, или, если они пожелаютъ, по русскимъ законамъ». Въ мотивировкѣ [1]) редакторы Проекта и не вспоминаютъ о «публичномъ порядкѣ», и указываютъ лишь на «значительныя неудобства» прежней практики.

Мало того. Само наше правительство въ лицѣ делегатовъ, какъ мы видѣли выше (очеркъ II) на Гаагскихъ конференціяхъ шло на уступки и соглашалось признать гражданскіе браки иностранцевъ въ Россіи

---

[1]) *Объяснит. Записка.* Семейст. пр. I, стр. 159: «Если не признавать въ Россіи имѣющимъ силу бракъ между иностранцами, который почитается дѣйствительнымъ въ ихъ отечествѣ, то отсюда вытекали бы значительныя неудобства: пришлось бы въ Россіи не считать ихъ супругами, продолжать именовать женщину по ея дѣвичьей фамиліи, признавать дѣтей внѣбрачными, допустить сочетавшихся такимъ образомъ вступить въ другой бракъ и пр. Эти соображенія настолько существенны, что проектъ признаетъ необходимымъ для браковъ иностранцевъ отступить отъ безусловнаго требованія церковнаго брака».

«подъ условіемъ взаимности». Что это была за взаимность, мы видѣли выше. Но намъ важенъ фактъ въ его общемъ значеніи: наше правительство вовсе не считало совершеніе гражданскаго брака въ Россіи за такое оскорбленіе публичнаго порядка, которое заранѣе исключало возможность компромисса. Мы указали также на то, какія уступки были сдѣланы конференціей 1900 г. русскому церковному браку. Въ силу Конвенціи 1902 г., связывающей всѣ подписавшія ее державы и не обязательной только для Россіи, Россія пользуется всѣми благами этой Конвенціи, которая ей даетъ важныя преимущества, но которая ее ни къ чему не обязываетъ! [1]).

Всѣ эти уступки, сдѣланныя намъ иностранными державами безъ всякой компенсаціи, обязываютъ теперь Россію къ дальнѣйшему удовлетворенію справедливыхъ требованій иностранныхъ державъ. Надо, наконецъ, отбросить щепетильность національнаго самолюбія и признать, что *гражданскіе браки, совершаемые иностранцами у ихъ консуловъ и пословъ въ Россіи дѣйствительны съ точки зрѣнія русскаго закона.*

«Публичный порядокъ» въ Россіи отнюдь не пострадалъ бы отъ такого признанія по справедливому замѣчанію Bar'а (I, стр. 461), а между тѣмъ были бы удовлетворены настоятельныя потребности иностранныхъ подданныхъ, пребывающихъ въ Россіи [2]).

Практическія соображенія повелительно требуютъ

---

[1]) Во-первыхъ, религіозный бракъ господствуетъ *безъ соперника* на своей родной территоріи; онъ примѣняется, какъ къ туземцамъ, такъ и къ иностранцамъ, согласно правилу locus regit actum (ст. 5). Во-вторыхъ, религіозный бракъ господствуетъ заграницей неограниченно (ст. 5 п. 2), наперекоръ принципу locus regit actum, ибо гражданскіе браки, заключаемые русскими заграницей, почитаются недѣйствительными на ихъ родинѣ. Въ-третьихъ,—вопреки правилу locus regit actum, религіозный бракъ получаетъ правовую силу во всѣхъ прочихъ державахъ, кромѣ мѣста совершенія его, если даже онъ совершенъ въ области господства гражданскаго брака (ст. 7).

[2]) Точка зрѣнія русскаго правительства ставитъ въ невыносимо затруднительное положеніе многихъ иностранцевъ, по той или иной причинѣ (напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда они confenssionslose) не могущихъ приступить къ церковному вѣнчанію. Что остается имъ другое, какъ обратиться къ *гражданской* формѣ брака, по законамъ своей страны?!

далѣе общаго признанія дѣйствительности гражданскихъ браковъ русскихъ подданныхъ заграницею [1]).

Но доколѣ церковная форма вѣнчанія разсматривается, какъ матеріальное условіе брака, мы не можемъ, конечно, ожидать, чтобы подъ флагомъ и отъ имени международнаго общенія когда-либо измѣнился взглядъ нашего законодателя на существо брака.

Но пока, въ предѣлахъ разобраннаго нами циркуляра 8 августа 1911 года, можно сдѣлать меньшее, но весьма важное

Разъ циркуляръ 8 августа 1911 года подъ прямымъ вліяніемъ авторитета Savigny соглашается объявить обязательнымъ гражданскій бракъ, въ качествѣ предварительной обрядности, то надлежитъ сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ. Тотъ же Savigny (VIII, 356—357) придаетъ послѣдующему религіозному обряду обратную силу за все время отъ заключенія гражданскаго брака. Вотъ тотъ минимумъ, признаніе котораго мы въ правѣ ждать отъ будущаго законодателя.

---

[1]) Русскіе подданные находятся въ крайнемъ затрудненіи, когда пребываютъ въ мѣстности или странѣ, гдѣ нѣтъ церкви соотвѣтствующаго вѣроисповѣданія.—Послѣдовательное совершеніе *гражданскаго* брака заграницей и *церковнаго* въ Россіи съ разными лицами рождаютъ трудные вопросы, на почвѣ конфликта двухъ законовъ.

Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли.

А. Э. Вормса.

Изъ всей массы вопросовъ, возбужденныхъ новымъ аграрнымъ законодательствомъ, вопросъ о наслѣдованіи въ укрѣпленныхъ и выдѣленныхъ участкахъ едва ли не самый сложный. Создавъ новыя формы владѣнія надѣльной землей, законодательство 1906—1911 г.г. произвело радикальную, почти революціонную, ломку всего строя земельныхъ отношеній крестьянъ; но, несмотря на это, оно совершенно не задалось мыслью урегулировать въ деталяхъ всѣ новыя отношенія. Напротивъ, оно исходило, какъ будто, изъ убѣжденія, что эту задачу по прежнему должно разрѣшать обычное право, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ областяхъ, которыя уже раньше регулировались имъ. Объ этомъ неоднократно говорили какъ представители правительства, поддерживавшіе соотвѣтствующіе проекты въ Государственной Думѣ и въ Государственномъ Совѣтѣ, такъ и представители законодательныхъ палатъ въ комиссіяхъ и въ общихъ собраніяхъ. Такъ, напримѣръ, въ докладѣ Особой Комиссіи Государственнаго Совѣта по проекту закона 14 іюня 1910 года мы читаемъ, «что, въ случаѣ возникновенія спора между членами такой семьи (владѣющей участкомъ на правѣ общей собственности) о правахъ ихъ на надѣльный участокъ, дѣло будетъ подлежать рѣшенію волостного суда, который долженъ при этомъ руководствоваться мѣстными обычаями» [1]).

---

[1]) Законъ 14 іюня 1910 года. Изданіе Государственной Канцеляріи. СПБ. 1911 г., стр. 381.

На той же точкѣ зрѣнія продолжаютъ стоять наши законодательныя учрежденія и нынѣ. При обсужденіи законопроекта объ уравненіи женщинъ въ правахъ наслѣдованія по закону съ мужчинами докладчикъ Комиссіи Законодательныхъ Предположеній, бар. Гойнингенъ-Гюне, указалъ, что по мнѣнію Комиссіи этотъ проектъ лишь косвенно затрогиваетъ крестьянъ, такъ какъ ихъ наслѣдственныя права регулируются *обычаемъ*. Правда, затѣмъ Государственный Совѣтъ призналъ необходимымъ распространить дѣйствіе измѣненнаго имъ проекта и на наслѣдованіе крестьянокъ, и рѣшилъ, что при наслѣдованіи во внѣгородскихъ земельныхъ имуществахъ, какъ внѣнадѣльныхъ, такъ и *надѣльныхъ*, онѣ должны получать одну седьмую часть, если конкурируютъ съ сыномъ наслѣдодателя. Но именно тѣмъ, что проектъ подчиняетъ писанному праву только одинъ частный случай, онъ создаетъ какъ бы новое argumentum a contrario въ пользу того, что всѣ остальные вопросы въ этой области остаются подъ господствомъ обычая.

Напротивъ, въ повседневной практикѣ мѣстныхъ учрежденій и во взглядахъ большинства юристовъ—практиковъ съ самаго начала примѣненія новыхъ законовъ о крестьянскомъ землевладѣніи сказывается рѣшительное стремленіе примѣнять къ новымъ отношеніямъ не обычай, а нормы писаннаго права (законы гражданскіе). Это стремленіе объясняется прежде всего, конечно, неопредѣленностью и шаткостью обычая въ современной крестьянской средѣ. Сверхъ того, однако, оно обусловливается несоотвѣтствіемъ основныхъ началъ обычнаго права характеру новыхъ семейныхъ и земельныхъ отношеній. Нѣтъ сомнѣнія, что наиболѣе типической чертою стараго наслѣдственнаго обычая является такъ называемое «трудовое начало» или, выражаясь въ юридическихъ терминахъ, принципъ семейной собственности, при которой начало кровной связи между членами семьи дополняется и даже видоизмѣняется участіемъ совладѣльцевъ въ общемъ, семейномъ хозяйствѣ. Гражд. касс. деп. подтвердилъ это положеніе еще недавно, въ рѣшеніи (неопубликованномъ) по дѣлу *кр.*

Тихончуковъ, признавъ, что на случай смерти крестьянина безъ наслѣдниковъ, кругъ которыхъ опредѣляется *не родственною связью, а принадлежностью къ рабочей семьѣ умершаго*, имущество признается *выморочнымъ* [1]). Очевидно, что нормы, построенныя на такихъ началахъ, во многомъ не примѣнимы къ личной собственности, созданной новымъ аграрнымъ законодательствомъ. Стремясь, какъ всегда, къ наиболѣе простому исходу и прежде всего къ удовлетворенію потребности въ прочномъ и ясномъ разрѣшеніи запутанныхъ вопросовъ, судебная практика и въ данномъ случаѣ инстинктивно склоняется къ механической рецепціи писаннаго права. Здѣсь повторяется на нашихъ глазахъ процессъ, подобный тому, который нѣкогда привелъ на Западѣ къ рецепціи римскаго права.

Въ виду этого конечный исходъ возникшихъ на этой почвѣ контраверзъ едва-ли подлежитъ сомнѣнію: силою вещей надъ обычаемъ одержитъ верхъ законъ. Но это обстоятельство не лишаетъ ни практическаго, ни, тѣмъ болѣе, теоретическаго интереса попытку выяснить положеніе затронутыхъ вопросовъ въ настоящее, переходное время, которое, къ тому же, можетъ затянуться на долгій срокъ благодаря медлительности нашего законодательнаго аппарата въ области гражданскаго права.

I.

Отправной точкой для насъ должно служить положеніе этого вопроса въ эпоху, предшествовавшую законодательству 1906—1911 г. Предѣлы примѣненія обычнаго права къ наслѣдованію крестьянъ были установлены въ Положеніяхъ 1861 года. Въ нашей юридической литературѣ не было обращено достаточно вниманія на то обстоятельство, что эти Положенія отводили обычаю различное значеніе по отношенію къ надѣльной землѣ, съ одной стороны, и ко всему вообще имуществу крестьянъ, съ другой.

---

[1]) См. отчетъ о засѣданіи гражд. касс. деп. 24 марта 1910 г. въ журналѣ «Вѣстникъ права и нотаріата», за 1910 г., № 14, стр. 479.

Согласно Мѣстнымъ Положеніямъ и Положенію о Выкупѣ участки надѣльной земли *всегда* переходятъ по наслѣдству на основаніи обычая. Напримѣръ, ст. 116 Полож. о Выкупѣ (Ос. прил. къ IX т., кн. II, изд. 1902 г.) говоритъ: «Участки, пріобрѣтенные не всѣмъ обществомъ, а отдѣльными домохозяевами, составляютъ личную собственность каждаго и *переходятъ* по наслѣдству согласно существующимъ мѣстнымъ обычаямъ». Мѣстныя Положенія содержатъ рядъ аналогичныхъ постановленій [1]).

Для бывшихъ государственныхъ крестьянъ не было издано закона, который съ такою-же категоричностью признавалъ бы, что участки ихъ надѣла всегда переходятъ по наслѣдству согласно обычаю. Но въ виду распространенія на государственныхъ крестьянъ общихъ началъ поземельнаго устройства бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ, наша судебная практика примѣнила къ нимъ и это правило [2]). Относительно одной изъ категорій государственныхъ крестьянъ оно было подтверждено впослѣдствіи закономъ объ устройствѣ поселянъ—собственниковъ 1871 года [3]). Сенатъ истолковалъ это постановленіе именно въ томъ смыслѣ, что «правило, дозволяющее крестьянамъ въ порядкѣ наслѣдованія руководствоваться мѣстными своими обычаями, принято лишь по отношенію къ землямъ, даннымъ поселянамъ по владѣннымъ записямъ» [4]).

Менѣе опредѣленно выражается статья 13 Общаго Положенія о крест. (изд. 1902 г.), говоря о примѣненіи обычая къ наслѣдованію не только въ крестьянскомъ надѣлѣ, но и во всякомъ вообще имуществѣ крестьянъ. Она гласитъ: «Въ порядкѣ наслѣдованія *имуществомъ*

---

[1]) Пол. Крест. Владѣльческихъ (Ос. прил. изд. 1902 года, кн. IV), ст. 15 (Усадебная земля при общинномъ владѣніи); ст. 66 (Подворные участки въ Малороссіи); ст. 149 (Подворные участки въ Сѣв.-Западномъ краѣ).

[2]) Рѣш. Гр. Касс. Деп. 1875 г., № 11, 1891 г., № 86. Относительно такъ наз. малороссійскихъ казаковъ: 1880 г. № 241.

[3]) Нынѣ ст. 41 Пол. о бывш. госуд. крест. 1: «Въ порядкѣ наслѣдованія землями, внесенными во владѣнныя записи, поселянамъ-собственникамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями».

[4]) Рѣш. Гр. Касс. Деп. 1879 г., № 324.

крестьянамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями».

Вопреки весьма распространенному мнѣнію употребленный въ этой статьѣ терминъ «*дозволяется*» не означаетъ, что она имѣетъ чисто *диспозитивный* характеръ, т. е. что заинтересованнымъ лицамъ предоставлено право, по своему усмотрѣнію, допустить примѣненіе обычая или, произвольно не сославшись на него, исключить дѣйствіе обычая. Терминологія ст. 13 можетъ быть правильно понята только въ связи съ остальными статьями Общаго Положенія: почти всѣ онѣ редактированы въ выраженіяхъ, спеціально приноровленныхъ къ моменту *освобожденія* крестьянъ отъ крѣпостной зависимости; онѣ подчеркиваютъ поэтому, что крестьяне по ряду вопросовъ получаютъ права, и что имъ гарантируется нѣкоторая свобода дѣйствій. Такъ, ст. 3 говоритъ: «крестьянамъ *предоставляется* право... содержать торговыя и промышленныя предпріятія» и т. д., а согласно примѣненію къ этой статьѣ горнозаводскіе люди *могутъ* заключать дозволенные закономъ договоры. Ст. 9 гласитъ, что «каждый крестьянинъ *можетъ* пріобрѣтать въ собственость недвижимыя и движимыя имущества». Терминъ «дозволяется» въ ст. 13 объясняется тѣмъ-же намѣреніемъ законодателя—уяснить крестьянамъ, что отнынѣ отпадаютъ всѣ прежнія препятствія къ примѣненію обычая.

Къ тому же заключенію приводитъ догматическое толкованіе. Не можетъ быть рѣчи о диспозитивномъ характерѣ ст. 13 уже въ виду постановленія ст. 135 Общ Пол., предписывающей волостному суду рѣшать по обычаю всѣ наслѣдственныя дѣла, т. к. статья 135 имѣетъ чисто-императивный характеръ (jus cogens) какъ норма процессуальнаго права. (О ней см. ниже). Подтверждаютъ наше толкованіе также п. 5 ст. 1184 Зак. Гр. и примѣчаніе къ ней, которые указываютъ, что въ наслѣдованіи крестьянъ установленъ «*особенный порядокъ*» и «особыя правила»; это равносильно признанію, что *общій порядокъ*, т. е. постановленія Законовъ Гражданскихъ, *не примѣняется* къ наслѣдованію

въ имуществѣ послѣ сельскихъ обывателей, по крайней мѣрѣ въ надѣльномъ имуществѣ [1]).

Такимъ образомъ терминъ «дозволяется руководствоваться» означаетъ лишь то, что сторона, заинтересованная въ примѣненіи обычая, должна сослаться на него и эвентуально, если существованіе обычая неизвѣстно суду,—доказать его; другими словами, что сохраняютъ силу общія начала, установленныя для примѣненія всякихъ вообще нормъ обычнаго права (напр., въ торговомъ правѣ) [2]).

Но даже независимо отъ того, какъ мы истолкуемъ ст. 13 Общ. Пол., не подлежитъ сомнѣнію, что по отношенію къ надѣльной землѣ она во всякомъ случаѣ не отмѣняетъ болѣе категорическихъ постановленій Мѣстныхъ Положеній и Положенія о Выкупѣ, приведенныхъ выше [3]). Диспозитивный характеръ можетъ быть приданъ ей развѣ только относительно ненадѣльнаго имущества крестьянъ [4]).

Подчиненіе порядка наслѣдованія въ надѣльномъ имуществѣ исключительно обычаю было подтверждено затѣмъ Временными Правилами о волостномъ судѣ 1889 г. Согласно статьѣ 15 этихъ правилъ [5]) вѣдомству волостного суда подлежатъ... «4) дѣла по наслѣдованію и раздѣламъ между наслѣдниками крестьянскаго имущества: а) безъ ограниченія суммы, когда наслѣдственное

---

[1]) Гр. касс. деп. прямо признаетъ это начало въ подтвержденномъ выше рѣшеніи 1910 г. по дѣлу *Тихончуковъ*. См. «Вѣстникъ Права и Нотаріата», 1910 г., № 14, стр. 479.

[2]) Совершенно ошибочной слѣдуетъ признать постановку этого вопроса въ проектѣ «Положенія о введеніи въ дѣйствіе Гражданскаго Уложенія», въ которомъ говориться: «Примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ не допускается, когда оно нарушало-бы точный смыслъ договоровъ или актовъ, законнымъ порядкомъ совершенныхъ» (ст. 20). Этимъ, въ сущности, за обычаемъ отрицается значеніе нормы объективнаго права.

[3]) Пол. о Вык. и Мѣст. Пол. въ этихъ частяхъ не утратили своего значенія и по завершеніи выкупной операціи; см. ст. Вормса въ сборникѣ «Великая Реформа» 1911 г., т. VI.—Общее Пол. о крест. должно было опредѣлять права крестьянъ и на надѣльное имущество по завершеніи выкупной операціи; но многія стороны этихъ отношеній уже были окончательно опредѣлены въ другихъ Положеніяхъ. Во всякомъ случаѣ, ст. 13 Общ. Пол. обязательна къ руководству не только для крестьянскихъ установленій, но и для общихъ судовъ: рѣш. гр. касс. деп. 1880 г. № 174.

[4]) Рѣш. гр. касс. деп. 1885 г. № 3.

[5]) Общ. полож. о крест., изд. 1902 г., ст. 125.

имущество входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла, а движимость составляетъ принадлежность этого надѣла». Вмѣстѣ съ тѣмъ статья 25 правилъ [1]) предписываетъ волостному суду руководствоваться мѣстными обычаями при разрѣшеніи... «въ особенности дѣлъ о раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства» [2]). Этимъ постановленіемъ надѣльное имущество очевидно ставится безусловно подъ господство обычая, разъ таковой существуетъ.

Только что сдѣланная оговорка указываетъ, однако, на крупное затрудненіе, возникающее по этому вопросу и составляющее отправное положеніе весьма распространеннаго взгляда, что, не смотря на всю категоричность постановленій закона, судамъ нельзя примѣнять обычай просто потому, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ его нѣтъ совсѣмъ или, по крайней мѣрѣ, онъ не можетъ быть установленъ допускаемыми въ законѣ способами. Не входя въ подробное разсмотрѣніе этого спорнаго вопроса, мы ограничимся пока указаніемъ на то, что съ *формальной* стороны существованіе обычаевъ по основнымъ вопросамъ крестьянскаго быта удостовѣряется указами и рѣшеніями сената, какъ высшаго судебнаго и административнаго органа, провѣряющаго законность рѣшеній крестьянскихъ установленій. Если-бы даже допустить, что при удостовѣреніи обычаевъ сенатъ черпалъ матеріалъ не изъ восходившихъ на его разсмотрѣніе рѣшеній низшихъ инстанцій, а изъ какихъ-либо другихъ источниковъ, то это обстоятельство все же не лишило-бы установившейся практики сената характера нормъ обычнаго права. Съ формальной стороны послѣдовательное—въ теченіе многихъ лѣтъ и довольно устойчивое—примѣненіе извѣстныхъ началъ въ надлежащемъ судѣ слѣдуетъ признать достовѣрнымъ критеріемъ существованія обычая. Такой обычай нельзя отрицать; его можно только подвергать критикѣ, какъ несоот-

---

[1]) Общ. пол. о крест., ст. 135.

[2]) *Раздѣлъ имущества* охватываетъ по терминологіи нашихъ гражданскихъ законовъ вообще правила о порядкѣ наслѣдованія. Ср. Зак. Гр.; ст. 1338 (наслѣдованіе послѣ магометанъ).

вѣтствующій взглядамъ и убѣжденіямъ крестьянскаго населенія отдѣльныхъ частей Россіи. Но и съ этой стороны сенатской практикѣ нельзя сдѣлать упрека въ произвольномъ уклоненіи отъ началъ обычнаго права, поскольку они были констатированы въ нашей юридической литературѣ [1]). Какъ на особенно убѣдительные примѣры можно указать на опредѣленіе сенатомъ положенія вдовы—домохозяйки и пріймака.

Романтическій народническій взглядъ на обычай какъ на непроизвольный продуктъ народнаго духа не находитъ себѣ болѣе опоры въ современной теоріи права.

II.

Измѣнило-ли законодательство 1906—1911 г. приведенныя выше нормы о порядкѣ наслѣдованія у крестьянъ?

Указъ 9-го ноября 1906 года и законъ 14 іюня 1910 года признали всѣ участки подворнаго владѣнія и укрѣпленные надѣлы «личною» собственностью домохозяина. По отношенію къ послѣдней эти законодательные акты стремятся искоренить самое представленіе о семейной собственности. Съ момента вступленія въ силу закона или со времени укрѣпленія надѣла общинникомъ разрушаются старыя семейно-имущественныя отношенія и замѣняются новыми, принципіально отличными отъ прежнихъ. Но дальше этого законъ не идетъ. Произведя такой крутой переломъ, законъ не опредѣляетъ ни положенія правъ и обязанностей *домохозяина—родоначальника*, ни порядокъ перехода имущества послѣ его смерти. Своимъ умолчаніемъ онъ многимъ даетъ поводъ предполагать, что эти вопросы впредь должны разрѣшаться на основаніи писаннаго права, уже раньше построеннаго на началѣ личной собственности; но на дѣлѣ онъ этимъ лишь *сохраняетъ* status quo ante.

Напротивъ, когда надѣльный участокъ укрѣпляется при отсутствіи родоначальника въ семьѣ, ведущей одно

---

[1]) См. въ особенности библіографическій указатель *Е. И. Якушкина* «Обычное право» (т. I, изд. 2, и т. II—IV).

хозяйство, или когда участокъ признается собственностью такой семьи, тотъ же законъ создаетъ новый институтъ «общей собственности», рѣшительно не укладывающійся въ рамки нашихъ Законовъ Гражданскихъ. Во-первыхъ, эта «общая собственность» устанавливается безъ указанія долей отдѣльныхъ совладѣльцевъ [1]), чего наше общее право не допускаетъ, такъ какъ при отсутствіи указанія на доли оно считаетъ ихъ равными. Вмѣстѣ съ тѣмъ ст. 48 признаетъ долю въ общей недвижимости за такими лицами, напр. за дочерью при братьяхъ, за которыми обычай ихъ не признаетъ совсѣмъ. Во-вторыхъ, споры о томъ, кто изъ членовъ такой семьи является домохозяиномъ и, тѣмъ самымъ, распорядителемъ, хотя-бы и связаннымъ согласіемъ остальныхъ совладѣльцевъ, разрѣшаются не по соглашенію между совладѣльцами, а волостнымъ судомъ, очевидно на основаніи обычая [2]). Такой институтъ представляетъ собою несомнѣнно ничто иное, какъ семейную собственность обычнаго права [3]), существованіе которой *подтверждается* закономъ.

Еще большее значеніе имѣетъ въ этомъ отношеніи постановленіе статьи 39 закона 14 іюня 1910 года, согласно которой участки, укрѣпленные въ личную собственность, подчиняются, какъ до, такъ и послѣ выдѣла ихъ къ одному мѣсту, дѣйствію правилъ о надѣльныхъ земляхъ [4]). Этимъ разъясняется, между прочимъ, что по отношенію къ участкамъ личнаго владѣнія сохраняютъ свою силу всѣ приведенныя выше постановленія о ихъ подсудности и о переходѣ надѣльнаго имущества по наслѣдству исключительно на основаніи обычая, разъ таковой существуетъ.

---

[1]) Ст. 48 Зак. 14 іюня 1910 г. Ср. рѣш. гр. касс. деп. 1892 г. № 123.

[2]) Ст. 9 Зак. 14 іюня 1910 г. Ср. Зак. Гр., ст. 547.

[3]) См. статью *Шретера* въ «Вопросахъ Права» 1911 г., № 4: «Семейная собственность у крестьянъ».

[4]) Ст. 39 говоритъ объ участкахъ, укрѣпленныхъ на основаніи статей 9—19 и 22—30 закона, умалчивая объ участкахъ, признаваемыхъ перешедшими въ личную собственность на основаніи статей 1—8 закона. Это умолчаніе—результатъ крайней небрежности при редакціи закона: нѣтъ никакихъ основаній предполагать, чтобы участки, предусмотрѣнные въ статьяхъ 1—8 закона, лишались своего надѣльнаго характера.

На такую же точку зрѣнія стала уже практика сената, какъ по 2 Департаменту, такъ и по Общему Собранію. Въ рѣшеніи Общ. Собр. 1910 года, № 1, признается субсидіарное лишь значеніе гражданскихъ законовъ при опредѣленіи порядка наслѣдованія въ личной собственности у крестьянъ, то есть допускается примѣненіе писаннаго права только при отсутствіи мѣстнаго обычнаго права. Этого взгляда держится и большинство авторовъ, писавшихъ по данному вопросу [1]).

Возможно, однако, еще одно возраженіе противъ примѣненія обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли. Если представлялось сомнительнымъ существованіе обычаевъ при прежнемъ укладѣ крестьянской жизни, то не слѣдуетъ-ли признать уже а priori невозможнымъ установленіе какихъ-бы то ни было обычаевъ относительно института, не насчитывающаго и десяти лѣтъ существованія? Вѣдь какъ теорія, такъ и наша судебная практика исходятъ изъ того положенія, что обычаи «слагаются путемъ частаго и однообразнаго примѣненія юридическихъ правилъ» [2]). Самые способы доказыванія обычая, допускаемые нашей практикой, предполагаютъ, что обычай уже примѣнялся болѣе или менѣе продолжительное время [3]).

Это возраженіе не такъ убѣдительно, какъ можетъ показаться съ перваго взгляда.

Уже до реформы аграрнаго строя и принудительнаго насажденія личной собственности во многихъ мѣстностяхъ Россіи у крестьянъ наблюдался постепенный

---

[1]) Ср. ст.: *Вавина*: «Статья 13 Общ. Пол. о крест. и крестьянскія духовныя завѣщанія» (Вѣстникъ Права и Нотаріата, 1911 г., стр. 609); *Татаринова:* «О духовныхъ завѣщаніяхъ крестьянъ по отношенію къ надѣльнымъ землямъ» (Тамъ же, стр. 131 сл. и 159 сл.).—Другого взгляда держится только *Павловъ* въ статьѣ «Допустимость завѣщательныхъ распоряженій надѣльной землей». Его аргументація мало убѣдительна. Павловъ сравниваетъ, напримѣръ, домохозяина, еще не укрѣпившаго свой надѣлъ, то съ наслѣдникомъ, обратившимся въ судъ съ просьбою объ утвержденіи его въ правахъ наслѣдства, то съ пріобрѣтателемъ недвижимости съ публичнаго торга (см. «Право», 1911 г., № 25).

[2]) Рѣш. гр. касс. деп. 1880 г., № 174. Критика господствующаго взгляда на необходимость *продолжительнаго* примѣненія обычая см. въ статьѣ *П. И. Бѣляева* «Судья и законъ» («Вопросы Права», 1911 г., № 2).

[3]) Рѣш. гр. касс. деп. 1891 г., № 86.

переходъ къ личной собственности, какъ естественный результатъ экономической эволюціи. Въ такихъ мѣстностяхъ, напримѣръ въ нѣкоторыхъ промышленныхъ районахъ центра или въ областяхъ съ развитыми отхожими промыслами, обычное право и въ порядкѣ наслѣдованія уже приспособлялось къ началамъ личной собственности. Кромѣ того, повсюду въ Россіи, притомъ издавна, складывались у крестьянъ обычаи не только относительно надѣльнаго имущества, но и относительно внѣнадѣльнаго. Нормы, относящіяся къ послѣднему признавались въ своей силѣ нашей судебной практикой, допускавшей наслѣдованіе по обычаю, напримѣръ, въ *торговомъ капиталѣ* [1]) или въ *городской недвижимости* [2]), наконецъ вообще во всякомъ внѣнадѣльномъ имуществѣ [3]). Всѣ эти виды имущества, конечно, всегда стояли въ личной собственности наслѣдодателей и выработанныя въ подобныхъ случаяхъ начала въ настоящее время могутъ быть примѣнены безъ всякихъ затрудненій къ надѣльнымъ участкамъ, состоящимъ въ личной собственности.

Указанныя нормы служатъ, такимъ образомъ, какъ бы мостомъ отъ прежняго уклада къ новому строю. Но все же онѣ составляютъ исключенія изъ общей массы обычаевъ, и ограничиться примѣненіемъ только ихъ было бы невозможно.

Главная масса крестьянскихъ обычаевъ, наиболѣе характерной чертою которыхъ является «трудовое» начало, очевидно не можетъ быть примѣнена къ институту личной собственности безъ искаженія послѣдней. Рѣш. Общ. Собр. 1910 г., № 1, говоритъ по этому поводу: «Указомъ 9 ноября 1906 года измѣненъ въ самомъ основаніи весь укладъ крестьянскаго владѣнія надѣльными землями... Изъ сего явствуетъ, что за обращеніемъ силой приведенныхъ Высочайшихъ указовъ подворныхъ участковъ надѣльной земли въ личную собственность домохозяевъ, право наслѣдованія членовъ семьи обусловливается уже не обстоятельствомъ участія ихъ въ хозяйственныхъ трудахъ, а опредѣляется лишь

1) Рѣш. гр. касс. деп. 1880 г., № 174 и 1891 г., № 86.
2) Рѣш. гр. касс. деп. 1902 г., № 37.
3) Рѣш. гр. касс. деп. 1885 г., № 3 (у колонистовъ).

кровною связью съ домохозяиномъ и притомъ, *при отсутствіи мѣстнаго обычнаго права*, на общемъ основаніи гражданскихъ законовъ».

Упоминая въ приведенномъ рѣшеніи одновременно объ обычаѣ и о невозможооси примѣнять обычай, поскольку онъ несовмѣстимъ съ правами кровныхъ родственниковъ, сенатъ какъ-будто предлагаетъ вообще сохранить обычай и лишь отбросить нѣкоторыя его постановленія. Но едва ли возможно будетъ ограничиться такой ампутаціей отдѣльныхъ нормъ: обычное право представляетъ собою органическое цѣлое, въ которомъ отдѣльныя части тѣсно и неразрывно связаны между собой. Разъ приходится примѣнять обычай къ новымъ институтамъ, онъ долженъ быть приноровленъ къ нимъ, переработанъ въ духѣ этихъ новыхъ институтовъ. Нѣтъ основаній думать при этомъ, что такой процессъ обновленія обычая привелъ-бы къ полному разрыву съ его историческими основами и означалъ-бы замѣну его совершенно новымъ правомъ. Во всякомъ случаѣ онъ далъ-бы возможность сохранить нѣкоторыя цѣнныя положенія обычнаго права, напримѣръ институтъ необходимаго наслѣдованія членовъ семьи, ближайшихъ родственниковъ, который много содѣйствуетъ поддержанію прочнаго семейнаго уклада въ земледѣльческой средѣ, но который чуждъ нашему писанному праву и еще неизвѣстно когда будетъ введенъ въ него.

Намѣченная переработка обычая, однако, не только допускается закономъ, разъ послѣдній предписываетъ примѣнять обычай къ совершенно новымъ отношеніямъ; косвенно она даже предписывается имъ. Вѣдь примѣненіе стараго обычая безъ измѣненій въ значительной мѣрѣ парализовало-бы дѣйствіе аграрной реформы: окольнымъ путемъ оно сохранило-бы въ дѣйствующемъ правѣ рядъ началъ, которыя законъ стремится изгнать; оно совершенно исказило-бы характеръ вновь введеннаго института личнаго владѣнія. Этого законъ не можетъ желать; а въ такомъ случаѣ единственный исходъ, пока не отмѣнено господство обычая,—это его переработка: она не могла не входить въ «намѣренія» законодателя.

III.

На кого падетъ отвѣтственная задача приноровить начала обычнаго права къ новымъ формамъ владѣнія землей, и каковы будутъ результаты этого процесса?

Законодатель явно уклоняется отъ такой задачи. Даже проекты, которые затрагиваютъ эту область, напримѣръ видоизмѣненный Государственнымъ Совѣтомъ проектъ уравненія женщинъ въ правахъ наслѣдованія, разрѣшаютъ только отдѣльные частные вопросы изъ нея, не касаясь прямо основаній вопроса.

При этихъ условіяхъ роль преобразователя обычая силою вещей возлагается на судъ [1]). Хотя нормы обычнаго наслѣдственнаго права должны примѣнять и общіе суды [2]), но подавляющее большинство дѣлъ, разрѣшаемыхъ на основаніи обычая, подвѣдомо волостному суду и крестьянскимъ установленіямъ. Въ виду этого вполнѣ естественно опасеніе, что задача преобразованія обычнаго права окажется непосильной для крестьянскихъ судовъ теперешняго устройства. Къ основаніямъ для шаткости и неустойчивости обычаевъ, дѣйствовавшимъ уже раньше, прибавляется еще одно новое основаніе. По нашимъ наблюденіямъ задача приноровленія обычая къ новымъ условіямъ представляется почти неразрѣшимой и самимъ дѣятелемъ крестьянскихъ судовъ; они инстинктивно ищутъ спасенія въ примѣненіи писаннаго права. Приходится слышать также отзывы крестьянъ, что и они не довѣряютъ въ этомъ вопросѣ авторитету и безпристрастію своихъ судей, и поэтому сами предпочитаютъ обращеніе къ закону, какъ-бы неудачны ни были подчасъ его постановленія съ точки зрѣнія нуждъ крестьянскаго землевладѣнія и хозяйства.

Надежду на сколько-нибудь удовлетворительное раз-

---

[1]) Возможность для суда выполнить такую задачу признаетъ, напр., *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts, т. II (1907), стр. 170: «Die Fortentwickelung des Rechts durch Auslegung und Lückenausfüllung beschränkt sich garnicht auf das geschriebene Recht, sondern auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind die Grundlage für dieselbe Gedankenthätigkeit».

[2]) Рѣш. гр. касс. деп. 1880 г. № 174.

рѣшеніе трудныхъ проблемъ, поставленныхъ нынѣ судамъ, вѣдающимъ дѣла о крестьянскомъ землевладѣніи, можно питать только въ предположеніи, что намѣченная реформа мѣстнаго суда послѣдуетъ не слишкомъ поздно, не тогда лишь, когда обычай уже будетъ окончательно и безповоротно дискредитированъ въ глазахъ самихъ крестьянъ.

Теоретически, однако, намѣченное выше приноравленіе обычнаго права къ новымъ условіямъ вполнѣ возможно.

Въ большинствѣ случаевъ процессъ такого приспособленія не выйдетъ изъ рамокъ обычной дѣятельности суда, который рѣшаетъ возникающіе впервые казусы при помощи истолкованія уже существующихъ нормъ, или который, въ крайнемъ случаѣ, прибѣгаетъ для этого къ освященному вѣками пріему—къ аналогіи. Въ этихъ случаяхъ судамъ придется лишь осуществлять ту власть, которую за ними признаетъ статья 9 Уст. Гр. Суд. Такъ, напримѣръ, права наслѣдованія пріймака послѣ домохозяина—личнаго собственника могутъ быть построены безъ натяжекъ по аналогіи съ его правами, признававшимися старымъ обычнымъ правомъ: и въ томъ и въ другомъ случаѣ они опираются частью на фактъ усыновленія пріймака, частью на наслѣдственный договоръ его съ домохозяиномъ, принявшимъ его въ домъ. Тотъ и другой вполнѣ допустимы и при господствѣ начала личной собственности.

На ряду съ этимъ несомнѣнно будутъ встрѣчаться также случаи, когда обычныхъ пріемовъ судебнаго толкованія недостаточно, чтобы разрѣшить контраверзы, созданныя новымъ аграрнымъ законодательствомъ. Таково будетъ положеніе, если вскроются подлинные пробѣлы въ обычаѣ, напримѣръ, когда придется рѣшать вопросъ, пріобрѣтаютъ-ли участки надѣльной земли характеръ родового имущества и при какихъ условіяхъ.

Судъ можетъ пополнять подлинные (не мнимые) пробѣлы въ правѣ, только прибѣгая къ созданію новыхъ нормъ; въ этихъ случаяхъ судъ уже не примѣняетъ право, а творитъ его. Правда, чрезвычайно трудно провести точную грань между истолкованіемъ суще-

ствующей уже нормы, а въ особенности между примѣненіемъ ея по аналогіи, съ одной стороны, и между созданіемъ новой нормы, съ другой [1]). Та и другая дѣятельность почти незамѣтно переходятъ одна въ другую. Вѣдь и статья 9 Уст. Гр. Суд. говоритъ о возможности основать рѣшеніе на «общемъ смыслѣ законовъ» не только въ случаѣ неясности закона, но и въ случаѣ *недостатка* его.

На дѣлѣ наши суды издавна, хотя часто невольно, переступаютъ границы истолкованія законовъ; они создали многочисленныя новыя нормы, прежде всего, въ пополненіе нашего писаннаго права. Ничѣмъ инымъ, конечно, не является длинный рядъ разъясненій Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента о правахъ и обязанностяхъ душеприказчиковъ или, какъ правильно замѣчаетъ П. И. Бѣляевъ [2]), рѣшеніе 1901 г. № 124, согласно которому мужъ въ правѣ требовать изъ имущества жены возмѣщенія расходовъ, понесенныхъ имъ на ея погребеніе. Установленная сенатомъ возможность передачи закладныхъ крѣпостей введена имъ даже не praeter legem, а пожалуй, contra legem. Мы полагаемъ вообще, что русскому суду уже нынѣ едва-ли не чаще приходится *творить* право, чѣмъ то придется дѣлать въ будущемъ швейцарскому судьѣ на основаніи ст. 1 новаго Швейцарскаго Гражданскаго Уложенія. Послѣднее рѣшилось только открыто формулировать то, что издавна и всюду, не исключая Россіи, дѣлается судами.

Творческую дѣятельность наши суды проявляли уже раньше не только въ области писаннаго права, но и въ области обычая. Наиболѣе характернымъ примѣромъ является разрѣшеніе вопроса о томъ, какими нормами разрѣшается споръ о наслѣдованіи у крестьянъ, когда стороны не сослались на мѣстный обычай, или когда существованіе обычая не было установлено надлежащимъ

---

[1]) Ср. *v. Thur.* Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. T. I (1910), стр. 43 сл.—*M. Rümelin.* Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft (1907), стр. 25 сл. Этотъ вопросъ затрагивается также въ большинствѣ работъ, посвященныхъ проблемѣ «freie Rechtsfindung».

[2]) См. статью *Бѣляева* въ «Вопросахъ Права» 1911 г. № 2, стр. 12.

порядкомъ. Рѣшеніе Общ. Соб. 1898 г., № 2, говоритъ по этому поводу: «При отсутствіи этихъ условій право наслѣдованія крестьянъ въ имуществѣ, относящемся къ составу крестьянскаго надѣла, должно опредѣляться *существомъ и свойствомъ* тѣхъ *правъ*, которыя принадлежатъ крестьянамъ—собственникамъ на ихъ надѣльное имущество». Это положеніе Общаго Собранія дословно повторено въ рѣшеніи Гр. Касс. Деп. 1898 г., № 71. Именно этотъ пріемъ сената и послужилъ главнымъ основаніемъ къ упреку ему въ томъ, что онъ самъ «выдумалъ» примѣняемые имъ обычаи. Такой упрекъ, конечно, сильно преувеличиваетъ творческую роль суда; въ этомъ легко убѣдиться, сопоставляя выводы сената съ наблюденіями частныхъ изслѣдователей обычнаго права: по большинству вопросовъ они совпадаютъ.

Фактъ судебнаго творчества уже судовъ стараго устройства—2-го Департамента Сената, не примѣняющаго даже ст. 9 Уст. Гр. Суд.,—долженъ значительно ослабить опасенія, которыя обыкновенно вызываетъ мысль объ открытомъ предоставленіи суду этого права. Очевидно, умолчаніе о немъ не устраняетъ осуществленія его на дѣлѣ. При умѣломъ и добросовѣстномъ пользованіи этимъ полномочіемъ оно, къ тому же, не грозитъ серьезной опасностью для устойчивости права: вѣдь каждое рѣшеніе можетъ провѣряться аппелляціонной и кассаціонной инстанціей, и всякое новое начало устоитъ только въ томъ случаѣ, если выдержитъ двойной искусъ. Въ отличіе отъ законодателя судъ, выступая въ роли творца новаго права, дѣйствуетъ не по своему усмотрѣнію, а связанъ цѣлымъ рядомъ ограниченій [1]).

Прежде всего судъ, восполняя обычай, обязанъ остаться въ предѣлахъ закона. Правда, въ той области, въ которой самъ законъ допускаетъ дѣйствіе обычая, послѣдній равносиленъ закону и вытѣсняетъ его [2]). Но за этими предѣлами обычай, а слѣдовательно и

---

[1]) Къ сожалѣнію для русскаго права не имѣютъ серьезнаго значенія ограниченія, предусмотрѣнныя ст. 1 Швейц. Гр. Улож. «Доктрина», bewährte Überlieferung, у насъ не вліяетъ на судъ.

[2]) Рѣш. гр. касс. деп. 1873 г., № 1507 и 1882 г., № 225.

нормы, дополняющія его, уступаютъ закону и, по установившейся практикѣ сената, не могутъ отмѣнять закона. Наконецъ, даже въ предѣлахъ дѣйствія обычая онъ можетъ столкнуться съ *неподатливыми* нормами закона (ordre public) и оказаться непримѣнимымъ [1]).

Кромѣ этихъ формальныхъ границъ судъ, истолковывающій и дополняющій обычай, связанъ также необходимостью возможно меньше отклоняться отъ прежней, установившейся практики. Это желательно, во-первыхъ, потому, что бытъ крестьянъ—земледѣльцевъ измѣняется медленно, гораздо медленнѣе подчасъ, чѣмъ законодательство о немъ. Во-вторыхъ, суду приходится считаться съ тѣмъ, что создаваемыя имъ нормы получаютъ неизбѣжно обратную силу, такъ какъ онѣ высказываются уже послѣ того, какъ завершился фактическій составъ обсуждаемаго юридическаго отношенія.

Судъ не можетъ поэтому *творить* право, руководствуясь только своими представленіями о справедливости. Разъ его задачею является пополненіе обычнаго права, онъ можетъ приступить къ этому, лишь получивъ возможно полныя справки, какъ аналогичные вопросы разрѣшались обычаемъ раньше, и удостовѣрившись въ томъ, какое рѣшеніе даннаго именно вопроса представляется наиболѣе справедливымъ съ точки зрѣнія непосредственно заинтересованнаго въ немъ круга лицъ. Намъ кажется поэтому правильнымъ мнѣніе П. И. Бѣляева, что въ подобныхъ случаяхъ ссылкою на обычай должно признаваться всякое указаніе на господствующіе въ данное время въ соотвѣтствующей средѣ взгляды на справедливое разрѣшеніе спора, хотя-бы эти взгляды еще не обладали формальными признаками нормъ обычнаго права. Задачею суда и будетъ извлечь

---

[1]) Характерный примѣръ представляетъ въ этомъ отношеніи существующій у колонистовъ Таврической губерніи (Меннонитовъ) обычай, въ силу коего каждая вдова обязана до раздѣла наслѣдства выбрать себѣ попечителя (tutela mulierum). Сенатъ призналъ, что судъ не обязанъ примѣнять этотъ обычай (Рѣш. гр. касс. деп. 1-го марта 1896 г., по дѣлу Реймеръ—неопубликованное). Недѣйствительно также то начало обычнаго права мусульманъ, въ силу котораго лишается наслѣдства лицо, отпавшее отъ магометанства, хотя по статьѣ 1338 Зак. Гр., «раздѣлъ имуществъ, оставшихся послѣ магометанъ, производится по ихъ закону» (Рѣш. гр. касс. деп. 1902 г., № 67).

отыскиваемую норму изъ этой нерасчлененной массы представленій о справедливомъ, заключающей въ себѣ подчасъ разнородные элементы—юридическіе, этическіе, бытовые.

Такимъ образомъ, матеріаломъ, изъ котораго судъ можетъ строить новыя нормы въ случаѣ необходимости въ томъ, будутъ служить прежде всего старое обычное право, а затѣмъ сросшіяся съ нимъ представленія о справедливомъ.

Но самая необходимость въ новыхъ нормахъ вызывается именно тѣмъ, что старое обычное право часто не можетъ быть непосредственно примѣнено къ новымъ земельнымъ отношеніямъ. Вторымъ элементомъ, опредѣляющимъ содержаніе творчества суда въ этой области, должно служить поэтому *существо* новыхъ отношеній, новаго земельнаго уклада, созданнаго аграрнымъ законодательствомъ 1906—1911 г. Руководствуясь указаніями, данными сенатомъ уже въ рѣшеніяхъ Общ. Собр. 1898 г., № 2 и Гр. Касс. Деп. 1898 г., № 71, приведенныхъ выше, суду придется выяснить природу этихъ новыхъ отношеній и по возможности согласовать съ нею принципы стараго права. Кое-что изъ послѣднихъ придется просто отбросить, какъ то дѣлаетъ уже рѣшеніе Общ. Собр. 1910 г., № 1, относительно прежняго правила, что кровный родственникъ, не участвовавшій въ общемъ хозяйствѣ семьи, не участвуетъ и въ раздѣлѣ наслѣдства. Иное слѣдуетъ сохранить, напримѣръ, начало необходимаго наслѣдованія ближайшихъ родственниковъ, по крайней мѣрѣ нисходящихъ, и вытекающее отсюда право обойденныхъ лицъ оспорить завѣщаніе. Институтъ необходимаго наслѣдованія сложился въ крестьянскомъ обычномъ правѣ, конечно, на почвѣ семейной собственности, благодаря взгляду, что надѣльное имущество принадлежитъ *двору*. Но онъ не связанъ неразрывно съ этой юридической концепціей; онъ не противорѣчитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, послѣдовательно проведенному началу личной собственности, какъ доказываетъ признаніе необходимаго наслѣдованія въ римскомъ правѣ, въ своемъ развитомъ видѣ утратившемъ понятіе семейной собственности, а затѣмъ

широкое распространеніе этого института въ западно-европейскихъ кодексахъ. Поэтому, разъ онъ будетъ признанъ цѣлесообразнымъ и отвѣчающимъ взглядамъ крестьянъ на справедливость, институтъ необходимаго наслѣдованія долженъ быть сохраненъ путемъ судебнаго истолкованія обычая несмотря на то, что онъ неизвѣстенъ нашему дѣйствующему писанному праву и, пожалуй, даже противорѣчитъ ему [1]).

На этихъ примѣрахъ наглядно выясняется, какъ мы понимаемъ роль суда въ процессѣ приспособленія обычая къ новому укладу земельныхъ отношеній крестьянъ. Благодаря рѣзкому, неожиданному для массы населенія, вмѣшательству закона, въ деревнѣ поставлены лицомъ къ лицу два, во многомъ прямо противоположныя начала: семейное и личное. Каждое изъ нихъ до извѣстной степени опирается на факты современнаго хозяйственнаго быта деревни; въ пользу обоихъ говорятъ вѣсскія соображенія цѣлесообразности и справедливости; у обоихъ являются убѣжденные сторонники. Задача суда при этихъ условіяхъ особенно отвѣтственна и чрезвычайно трудна. Суду приходится стать посредникомъ между нѣсколькими борящимися, враждебными теченіями, выбирать изъ различныхъ, подчасъ въ равной мѣрѣ обоснованныхъ и возможныхъ рѣшеній. Таково, напримѣръ, положеніе вопроса о признаніи за надѣльными участками *родового* характера. Единственный исходъ — безпристрастное третейское рѣшеніе суда, стоящаго выше сторонъ, выше даже отдѣльныхъ, частныхъ нормъ, а обсуждающаго вопросъ съ точки зрѣнія *общаго смысла* всей совокупности нормъ, исходящаго изъ всего правопорядка данной страны.

IV.

Каково-бы ни было рѣшеніе суда, основывается ли оно на признанной уже раньше нормѣ, или оно выра-

[1]) Близкую аналогію представляетъ рѣшеніе Гр. касс. деп. 1884 г., № 8, согласно которому къ наслѣднику по завѣщанію послѣ мусульманина можетъ быть предъявленъ искъ о признаніи завѣщанія недѣйствительнымъ на томъ основаніи, что истцу не назначена слѣдующая ему по обычному праву часть наслѣдства.

жаетъ какъ-бы новую норму, во всякомъ случаѣ такую норму, которая *высказывается* впервые, оно съ процессуальной точки зрѣнія, неизбѣжно разсматривается какъ декларація уже существующаго права [1]). Въ противномъ случаѣ рѣшеніе не могло бы имѣть обратной силы, то есть не могло-бы опредѣлять послѣдствій юридическихъ фактовъ, имѣвшихъ мѣсто задолго до него. Исходя изъ этого процессуальнаго соображенія, *Гельвигъ*[2]) полагаетъ, что вообще всякое рѣшеніе формально обосновано, если не на какой-нибудь отдѣльно высказанной нормѣ, то во всякомъ случаѣ на общей совокупности нормъ (Gesamtrechtsordnung). Судья, говоритъ онъ, находитъ рѣшеніе (findet das Recht). Но находить можно только то, что уже существуетъ, хотя бы въ скрытомъ видѣ.

Едва-ли, однако, подобное формальное объясненіе устраняетъ необходимость различать тѣ случаи, когда судъ индивидуализируетъ уже существующую и сознанную норму, отъ другихъ случаевъ, когда онъ формулируетъ новое и еще не сознанное положеніе права. Можно признать, какъ мы оговорили уже выше. что точной грани между этими случаями провести нельзя. Извѣстную степень творческой дѣятельности судъ проявляетъ при постановленіи всякаго рѣшенія; но характеръ творчества различенъ. Въ первомъ случаѣ въ работѣ суда преобладаютъ технически-юридическія соображенія, традиціонные пріемы юридической конструкціи; напротивъ, соображенія справедливости и цѣлесообразности отступаютъ на второй планъ. Во-второмъ случаѣ наблюдается противоположное; въ виду невозможности обосновать рѣшеніе чисто юридическими соображеніями, суду приходится руководствоваться иными данными: удѣльнымъ вѣсомъ затронутыхъ интересовъ, возможно болѣе справедливымъ распредѣленіемъ между сторонами тяготъ (напр., при возмѣщеніи ущерба), соображеніями относительно общаго блага,

---

[1]) *Hellwig*. Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts, т. II (1907), стр. 173: «Ein im Wege der Rechtsfindung entwickelter Grundsatz *gibt sich* als Rechtssatz, als Bestandteil der bestehenden Rechtsordnung aus».

[2]) Тамъ-же, стр. 169.

представленіями о юридическомъ идеалѣ и о справедливости и т. д.

Въ виду этого заслуживаетъ предпочтенія точка зрѣнія, не отрицающая возможности дѣйствительнаго, а не формальнаго только пополненія права судебнымъ творчествомъ. Она лишь открыто признаетъ то, чего безпристрастный наблюдатель не можетъ не замѣтить, слѣдя за развитіемъ любой системы права, напримѣръ, если онъ сопоставитъ французское право въ началѣ 19 и въ началѣ 20 вѣка или русское гражданское право половины 19 вѣка и нынѣ дѣйствующее право.

Признаніе факта судебнаго творчества еще не разъясняетъ, однако, юридической природы этого процесса, невыясненность которой служитъ однимъ изъ главныхъ основаній для многочисленныхъ попытокъ отвергнуть самое явленіе.

Согласно господствующей терминологіи, судебное рѣшеніе, выходящее за предѣлы признаннаго права, характеризуется какъ *прецедентъ* или точнѣе—какъ *преюдикатъ* [1]). Эта квалификація, на нашъ взглядъ, обходитъ вопросъ о природѣ самого явленія. Не подлежитъ сомнѣнію, что рѣшеніе имѣетъ силу закона спеціально для того случая, который подлежалъ разсмотрѣнію суда (res judicata). Кромѣ того за нимъ признается также извѣстное общее значеніе (res praejudicata), какъ психологическое и нравственное (склонность къ повторенію однажды совершеннаго дѣйствія), такъ и юридическое. Послѣднее усматриваютъ обыкновенно въ томъ, что на основаніи ряда преюдикатовъ образуются юридическія нормы—«судебная практика», а затѣмъ и обычное право.

Такая постановка вопроса сама по себѣ вполнѣ правильна: она вѣрно указываетъ дальнѣйшія практическія послѣдствія акта судебнаго творчества. Но она не помогаетъ намъ раскрыть юридическую сущность *перваго* шага на томъ пути, который приводитъ къ созданію судомъ новаго права.

---

[1]) См. *Демченко* Судебный прецедентъ. Варшава, 1903 г., стр. 129 сл.

Для этого необходимо прежде всего признать, что даже тогда, когда судъ постановляетъ рѣшеніе, не опирающееся на признанную и выраженную въ источникахъ права норму, онъ все-же исходитъ изъ представленія о *нормѣ*, о юридически обязательномъ правилѣ. Судъ не основываетъ и логически не можетъ основывать своего рѣшенія только на фактическихъ соображеніяхъ, на однихъ «обстоятельствахъ дѣла». Факты, какъ таковые, въ особенности новые факты, не содержатъ еще ничего нормативнаго, и, исходя только изъ нихъ, невозможно опредѣлить, что *должна* была сдѣлать та или другая изъ спорящихъ сторонъ, или что ей слѣдуетъ повелѣть сдѣлать. Прежде чѣмъ *обязать* сторону къ чему-либо, судъ неминуемо долженъ спросить себя, какъ гласитъ или какъ должно было-бы гласить велѣніе закона на сей случай. Судъ вынужденъ, слѣдовательно, найти готовую норму, которую можно пріурочить къ фактическому составу разсматриваемаго имъ случая, либо сознательно, или безсознательно, создать новую *норму*.

Что судъ и въ такихъ случаяхъ не ограничивается установленіемъ и истолкованіемъ фактической стороны дѣла, лучше всего доказывается тѣмъ, что такія рѣшенія, которыя не могутъ быть основаны на признанной уже нормѣ, все-же *подлежатъ кассаціонной повѣркѣ* [1]).

Кассаціонная инстанція можетъ входить въ оцѣнку примѣненія судомъ, рѣшившимъ дѣло по существу, только *нормъ права*, матерьяльно-правовыхъ или процессуальныхъ, толкованія имъ закона; разсмотрѣніе фактической стороны дѣла его вѣдѣнію не подлежитъ. Если въ основѣ рѣшенія, примѣняющаго новое начало, не лежало-бы *нормы*, а оно опиралось-бы только на оцѣнку фактической стороны дѣла, то не могло-бы быть рѣчи объ отмѣнѣ его въ порядкѣ кассаціи. Между тѣмъ, не говоря о томъ, что практика безусловно допускаетъ тутъ кассаціонный порядокъ обжалованія, уже a priori можно сказать, что необходимость въ немъ чувствуется въ этихъ случаяхъ особенно живо: это одинъ изъ важ-

---

[1]) См. *Hellwig*. Lehrbuch des deutschen Zivilprocesirechts, т. II (1907), стр. 173, пр. 45.

нѣйшихъ коррективовъ, обезпечивающихъ осторожное, обдуманное пользованіе своими правотворческими функціями со стороны суда [1]).

Въ этомъ отношеніи нисколько не мѣняетъ дѣла то обстоятельство, формулировалъ-ли судъ новое правило въ своемъ рѣшеніи, или онъ уклонился отъ этого, какъ то невольно происходитъ всюду тамъ, гдѣ, какъ и у насъ, открыто за судомъ не признаются правотворческія функціи. Въ послѣднемъ случаѣ предварительно необходимо *вскрыть* то начало, которое, хотя и не выражено ясно, но все-же въ дѣйствительности лежитъ въ основаніи рѣшенія, путемъ примѣненія къ нему соотвѣтствующихъ пріемовъ, уже давно выработанныхъ наукой при интерпретаціи сохранившихся въ источникахъ отвѣтовъ *римскихъ юристовъ*, которые также большею частью не формулировали тѣхъ общихъ началъ, изъ коихъ они исходили, рѣшая новый вопросъ.

Нѣкоторыя попытки къ болѣе опредѣленной конструкціи такой новой нормы, легшей въ основаніе судебнаго рѣшенія, уже дѣлались и въ русской литературѣ, отчасти въ связи съ законодательной формулировкой начала незыблемости вошедшаго въ законную силу судебнаго рѣшенія.

Такъ, въ связи со ст. 68 нашихъ прежнихъ основныхъ законовъ, гласившей «судебное рѣшеніе частнаго дѣла имѣетъ силу закона». проф. Демченко характеризуетъ такое рѣшеніе—прецедентъ—какъ *сепаратную* норму или сепаратный законъ [2]).

Едва-ли, однако, эта характеристика вполнѣ правильна. Сепаратная норма съ самаго начала замышляется

---

[1]) Лишь немногіе авторы рѣшаются отвергнуть кассаціонную повѣрку случаевъ судебнаго творчества. Однимъ изъ нихъ является *Schneider*, Treu und Glauben im Recht d. Schuldverhältnisse, стр. 146.

[2]) *Демченко*. Судебный прецедентъ (1903), стр. 170: «Впрочемъ, если принять во вниманіе, что рѣшеніе суда является авторитетнымъ разъясненіемъ права въ примѣненіи къ частному случаю, что оно *создаетъ несуществующія до него права* и обязанности или выясняетъ спорныя отношенія и что оно въ частномъ дѣлѣ закрѣпляетъ опредѣленный смыслъ за общей нормой права, то во всякомъ случаѣ въ немъ и можно, и должно усматривать одну изъ частныхъ или *производныхъ юридическихъ нормъ*, которую, по терминологіи нашего законодательства, удобно назвать сепаратной нормой или сепаратнымъ закономъ».

и постановляется, какъ пригодная только для одного, единичнаго, строго обособленнаго случая. Таковы, напримѣръ, privilegia (личныя). Подобныя нормы, и по самому назначенію своему, и по своей структурѣ не подлежатъ распространенію на другіе случаи.

Удачнѣе опредѣляютъ юридическій характеръ рѣшенія, высказывающаго новое положеніе, тѣ авторы, которые полагаютъ, что имъ устанавливается *конкретное* правило именно для даннаго случая. Изъ новѣйшихъ писателей, изслѣдовавшихъ природу судебнаго творчества, въ указанномъ смыслѣ его характеризуетъ проф. Гмюръ [1]), который противополагаетъ норму, формулированную судьей, *абстрактному* правопорядку, выраженному въ общепризнанныхъ источникахъ права. Гмюру слѣдуетъ въ русской литературѣ П. И. Бѣляевъ [2]). Намъ кажется, однако, что понятіе конкретной нормы представляетъ, въ извѣстной мѣрѣ, внутреннее противорѣчіе. Конкретное означаетъ сложное *представленіе* въ отличіе отъ *понятія*, которое отвлеченно (абстрактно). Конкретное противополагается абстрактному, а не *общему*. Между тѣмъ всякая норма, какъ правильно указываетъ Б. А. Кистяковскій, представляетъ собою правило, «*общее* высказываніе о томъ, какъ надо поступать и какъ не надо, или что каждый долженъ дѣлать и чего не долженъ» [3]). Конкретная норма, подобно сепаратной нормѣ, обозначала-бы, напротивъ, правило, которое по самой природѣ своей мыслилось, какъ относящееся только къ одному единичному случаю.

Такое представленіе несомнѣнно не отвѣчаетъ ни тому психическому процессу, который приводитъ судью къ установленію новаго правила, ни тому юридическому заданію, которое ставится судьѣ законами, уполномочивающими его на судебное творчество. Чтобы справедливо рѣшить хотя бы единичный случай, «не

---

[1]) *Gmür* Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (1908), стр. 110.

[2]) См. статью *Бѣляева* «Судья и законъ» въ «Вопросахъ Права» 1911 г., № 2.

[3]) См. статью *Кистяковскаго* «Раціональное и ирраціональное въ правѣ» въ «Философскомъ сборникѣ въ честь Лопатина». Москва 1911 г., стр. 230.

уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ», по выраженію нашихъ Законовъ Гражданскихъ, судья долженъ рѣшить вопросъ въ общей формѣ, такъ чтобы можно было примѣнить созданное имъ правило всякій разъ, если-бы повторился аналогичный случай. Онъ долженъ мыслить такъ, какъ мыслитъ законодатель — это прямо постановляетъ ст. 1 Швейцарскаго Гражданскаго Уложенія. Законодатель-же *нормально* создаетъ нормы *общія*. Поэтому и судья обязанъ мыслить новую норму какъ *общезначимую*. Логически его норма будетъ обладать общностью въ тѣхъ же предѣлахъ и отношеніяхъ какъ соотвѣтствующія нормы закона или обычая.

По мнѣнію многочисленныхъ авторовъ, изъ числа которыхъ наиболѣе рѣшительно отстаивалъ свою точку зрѣнія Остинъ (Austin) [1]), правило можетъ быть признано юридической нормой только въ томъ случаѣ, если оно и съ юридической точки зрѣнія обладаетъ признакомъ общности. Они требуютъ общности либо въ порядкѣ сосуществованія лицъ и отношеній, на которыхъ распространяется правило, либо въ порядкѣ послѣдовательности (напр. для закона о престолонаслѣдіи). Единичныя же велѣнія хотя-бы законодательныхъ органовъ Остинъ не признаетъ нормами, а лишь *приказами*.

Въ основѣ этого требованія лежитъ, однако, смѣшеніе логическаго и юридическаго характера нормы. Какъ мы видѣли, логически норма необходимо обладаетъ признакомъ общности. Но съ юридической точки зрѣнія возможны исключенія, обусловленныя или особенностями въ государственно-правовомъ положеніи тѣхъ органовъ, которые творятъ право (ихъ подзаконное положеніе, наприм.), или цѣлями, которыя преслѣдуетъ государство. Весьма нагляднымъ примѣромъ является именно разсматриваемый нами вопросъ. Формулирован-

---

[1]) Ср. обзоръ соотвѣтствующихъ теорій у *Miceli*, La norma giuridica (Palermo. 1906), стр. 217 сл. Проф. *Шершеневичъ* подробно останавливается на понятіи нормы права (Общая теорія права, 1910 г., стр. 280 сл.), но не выдвигаетъ признака общности ея. Проф. *С. А. Котляревскій* настаиваетъ на томъ, что *законъ* есть актъ устанавливающій *общую*, *абстрактную* норму (Юридич. предпосылки русскихъ основныхъ законовъ, стр. 11).

ная судомъ новая норма, хотя и общезначима по своему содержанію, юридически обязательна только для того случая, по поводу котораго она установлена, и въ этомъ смыслѣ она по своему объему совпадаетъ съ субъективнымъ правомъ тяжущейся стороны. По своему *дѣйствію* она, слѣдовательно, не конкретна, а *индивидуальна*, она подлежитъ примѣненію только къ одному, индивидуально опредѣленному случаю, *не смотря на то*, что она теоретически могла-бы охватить всѣ однородные случаи.

Основаніемъ для такого ограниченія является исключительно то обстоятельство, что силою основныхъ законовъ власть суда не простирается далѣе того дѣла, которое подлежитъ его разсмотрѣнію. За предѣлами послѣдняго рѣшеніе, на чѣмъ бы оно ни было основано, имѣетъ значеніе только примѣрнаго рѣшенія, преюдиката. Не только другіе суды, но и тотъ судъ, который самъ исходилъ раньше изъ вновь установленной имъ нормы, *формально* въ правѣ, отказавшись отъ нея, исходить при повтореніи случая изъ другой нормы, если только онъ придетъ къ убѣжденію, что вторая норма совершеннѣе первой. Норма, созданная судомъ, иного, *низшаго порядка*, чѣмъ норма законная.

Намъ кажется, что эта новая оговорка, обыкновенно упускаемая изъ вида при обсужденіи значенія судебнаго творчества, служитъ еще лишнимъ доводомъ въ пользу того, что такое творчество менѣе опасно для устойчивости права, чѣмъ обыкновенно думаютъ. Но и мы полагаемъ, что судебное творчество можетъ служить только въ качествѣ ultimum refugium, когда всѣ средства для распознанія уже существующаго права исчерпаны безрезультатно. Судъ долженъ сознательно сторониться его; но безсознательно онъ неизбѣжно будетъ прибѣгать къ нему въ такой области, которую законодатель поставилъ въ совершенно ненормальныя условія, какъ то сдѣлало наше новое аграрное законодательство относительно порядка наслѣдованія крестьянъ въ личной собственности на надѣльныя земли: старый укладъ его разрушенъ, а новый не установленъ;

его приходится создавать, пользуясь отрывочными, случайными намеками закона, изъ старыхъ матеріаловъ.

Законъ поставилъ нашу судебную практику по этому вопросу въ положеніе, которое она занимала на зарѣ культуры и развитія права, еще прежде, нежели сложилось сколько-нибудь ясно сознанное, обобщенное обычное право. И тогда, какъ о томъ свидѣтельствуетъ сравнительная исторія права, обычай складывался постепенно, по мѣрѣ накопленія отдѣльныхъ рѣшеній третейскихъ судовъ, внушенныхъ свыше—богами, тѣхъ *ѳемидъ*, о которыхъ разсказываетъ Гомеръ, или тѣхъ *маслагатъ*, которыя приводили къ образованію *адата* (обычая у мусульманскихъ племенъ Кавказа и Средней Азіи). Такъ, до извѣстной степени, складывались и древне-германскіе обычаи, Weistümer и т. п. Обобщающая работа, сводка и формулировка общихъ нормъ, всюду принадлежала не столько судамъ, сколько либо частнымъ собирателямъ обычаевъ, какъ автору Саксонскаго Зерцала, Eicke von Repgow, или Beaumanoire, изложившему обычаи Бовези, либо оффиціальнымъ органамъ, какъ при кодификаціи кутюмовъ во Франціи.

Такимъ образомъ, процессъ созиданія новыхъ обычаевъ у насъ, быть можетъ, повторитъ въ извѣстной мѣрѣ эти историческіе прецеденты, наглядно указывающіе на односторонность теорій, подобныхъ взгляду Еллинека, объясняющихъ возникновеніе обычнаго права исключительно нормативнымъ значеніемъ, которое постепенно получаетъ фактическое состояніе, и недостаточно оцѣнивающихъ роль *индивидуальнаго* творчества при образованіи обычаевъ.

Къ сожалѣнію, теоретическій интересъ этого процесса созиданія новаго права путемъ судебнаго творчества не способенъ смягчить громадныхъ его практическихъ неудобствъ и его опасностей или устранить его крайнюю медленность. Только законъ можетъ сократить этотъ безконечно длинный путь отъ индивидуальной нормы суда къ *общей* нормѣ, не только логически, но и юридически сразу охватывающей всѣ подлежащіе ей случаи, устранить неизбѣжную въ на-

чалѣ несогласованность между содержаніемъ и дѣйствіемъ нормы.

На основаніи изложеннаго, мы приходимъ къ слѣдующимъ окончательнымъ выводамъ:

1) Дѣйствующее право не отмѣнило законовъ, силою которыхъ порядокъ наслѣдованія въ надѣльныхъ земляхъ, въ видѣ общаго правила, долженъ опредѣляться мѣстными обычаями крестьянъ;

2) эти обычаи существуютъ понынѣ;

3) безъ переработки ихъ они не могутъ быть примѣнены, однако, къ наслѣдованію въ надѣльной землѣ, находящейся въ личной собственности наслѣдодателя;

4) приноравленіе обычая къ новому укладу крестьянскаго землевладѣнія возможно въ порядкѣ судебнаго творчества;

5) въ результатѣ послѣдняго создаются только *индивидуальныя* по своему дѣйствію *нормы*, которыя лишь со временемъ могутъ получить значеніе общихъ нормъ, когда онѣ сложатся въ устойчивую судебную практику и въ новый обычай;

6) крайняя медленность этого процесса и сопряженныя съ нимъ неудобства заставляютъ желать, чтобы *законъ* рѣшилъ эти вопросы возможно скорѣе. Въ противномъ случаѣ практика будетъ стремиться реципировать нынѣшнее писанное право. Послѣднее мало отвѣчаетъ потребностямъ крестьянъ-земледѣльцевъ и не всегда понятно для нихъ. Въ свою очередь, судебная практика, много сдѣлавшая для того, чтобы приспособить нормы Законовъ Гражданскихъ къ потребностямъ городскихъ сословій и крупнаго землевладѣнія, ничего не успѣла сдѣлать для согласованія ихъ съ нуждами крестьянъ. Поспѣшное и механическое распространеніе писаннаго права на отношенія по владѣнію мелкими участками надѣльной земли не приведетъ къ уясненію этихъ отношеній, а еще усилитъ хаосъ, нынѣ уже царящій въ деревнѣ.

Расходы государства на юстицію.

М. Боголѣпова.

Съ точки зрѣнія цѣлей государственные расходы принято дѣлить на три категоріи: расходы по управленію,—по оборонѣ и, третья категорія,—расходы ради цѣлей права, цивилизаціи и благосостоянія. Если мы выдѣлимъ расходы ради цѣлей права и сравнимъ ихъ съ другими расходами, то отмѣтимъ ихъ первую особенность: они удивительно скромны по своимъ размѣрамъ. Къ сожалѣнію, до сихъ поръ государственные расходы на юстицію рѣдко пользовались вниманіемъ ученыхъ изслѣдователей, хотя начало изученію ихъ было положено Адамомъ Смитомъ, своею книгою на долгое время закрѣпившимъ границы и темы финансовой науки. Инициатива и вліяніе великаго англичанина въ данномъ вопросѣ сказались, быть можетъ, только въ томъ, что расходамъ на юстицію болѣе всего посчастливилось въ англійской литературѣ [1]).

Адамъ Смитъ, опираясь на фактическій матеріалъ своей эпохи, говорилъ о томъ, что расходы на юстицію отличаются минимальными размѣрами. Въ срединѣ XIX вѣка это положеніе повторяетъ извѣстный нѣмецкій финансистъ К. Рау. Во второй половинѣ того же вѣка то же самое утверждаетъ знаменитый А. Вагнеръ. Если мы раскроемъ государственные бюджеты XX вѣка, то намъ придется сказать о государственныхъ расходахъ на юстицію то же, что по этому поводу въ

---

[1]) *Adam Smith*. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Edinburgh. 1863, стр. 319—324. *Bastable*. Public finance. 2 изд. London. 1895, стр. 70—77. *Farrer*. The State in its relation to trade. London. 1902.

XVIII вѣкѣ говорилъ Адамъ Смитъ. Правда, съ тѣхъ поръ эти расходы значительно возрасли. Но еще въ большей мѣрѣ возрасли общіе размѣры бюджетовъ и размѣры другихъ расходовъ.

Такая бюджетная особенность расходовъ государства на юстицію присуща многимъ странамъ, по крайней мѣрѣ, въ XIX вѣкѣ, относительно котораго имѣются достаточно достовѣрныя и сравнимыя данныя. Если мы возьмемъ періодъ времени съ 1815 г. по 1908 г., то увидимъ слѣдующее: во Франціи за этотъ періодъ времени сумма государственныхъ расходовъ на юстицію по отношенію къ бюджету обыкновенныхъ расходовъ колебалась отъ 3% (1815 г.) до 0,9%—въ 1908 г. Въ Россіи эти процентныя отношенія колебались отъ минимальной цифры въ 0,7% (1855 г.) до 2,9% въ 1908 году. Рѣшительно то же самое соотношеніе наблюдается и въ другихъ странахъ, съ самыми незначительными уклоненіями въ ту или другую сторону [1]).

Судъ принадлежитъ къ древнѣйшимъ и необходимѣйшимъ государственнымъ учрежденіямъ. Съ развитіемъ гражданской жизни постепенно возрастало значеніе юстиціи, а поэтому, основываясь на фактѣ непрерывнаго роста государственныхъ расходовъ, можно было бы ожидать, что судебные расходы будутъ увеличиваться въ сильной прогрессіи, и если этого не наступило, то очевидно, что государственные расходы на юстицію имѣютъ какую-то специфическую особенность.

Функціи государственной власти, въ своемъ развитіи пережившія тысячелѣтія, вызывали самые разнообразные и противоположные финансовые эффекты. То, что въ наше время является предметомъ чистаго государственнаго расхода, въ былыя времена служило источникомъ дохода. Въ интересующей насъ области мы можемъ указать, въ качествѣ иллюстраціи къ только что сказанному, на слѣдующее явленіе изъ англійской

---

[1]) Подробныя свѣдѣнія можно найти, въ формѣ погодныхъ записей, во второй части: «Denkschriftenband zur Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Aenderungen im Finanzwesen». Berlin. 1908.

жизни. Въ теченіе многихъ вѣковъ въ Англіи существуетъ интересная подробность судебной организаціи: ежегодно королевскіе судьи объѣзжаютъ страну съ цѣлью по возможности приблизить правосудіе къ населенію (circuit system). Въ эпоху среднихъ вѣковъ эти объѣзды имѣли своей главной цѣлью собираніе королевскихъ доходовъ въ видѣ штрафовъ и конфискацій. По свидѣтельству англійскихъ историковъ права, «пріѣздъ этихъ судей былъ ужасенъ, какъ чума; послѣ ихъ посѣщенія округъ оставался раззореннымъ вслѣдствіе штрафовъ и взысканій. Въ одномъ случаѣ жители спасались отъ пріѣзда ихъ бѣгствомъ».—Въ настоящее время эти объѣзды представляютъ изъ себя предметъ чистаго расхода и напоминаютъ мирныя и желательныя выѣздныя судебныя сессіи [1]).

Здѣсь мы наблюдаемъ случай полнаго перерожденія государственнаго института. Но, съ другой стороны, и въ современномъ строѣ судебнаго права можно легко найти слѣды далекаго прошлаго. Въ русскомъ правѣ разграниченіе подсудности между общими и мировыми судами основано на цѣнности похищеннаго. Цѣнность похищеннаго въ старую эпоху была сутью дѣла о кражѣ, и государство интересовалось болѣе вопросомъ о размѣрѣ украденнаго, опредѣлявшемъ количество фискальныхъ взысканій, нежели вопросомъ нарушенія права.

Отзвукъ старыхъ ярко финансовыхъ взглядовъ на судъ сказывается въ одномъ любопытномъ пережиткѣ прошлаго: по дѣламъ чести судъ присуждаетъ оскорбителя и обидчика не только къ наказанію, но и къ уплатѣ такъ называемаго безчестія. Въ наше время требованіе безчестія — рѣдкое явленіе. Было вообще время, когда частныя обиды и оскорбленія, доходившія до суда, были обильнымъ источникомъ фискальныхъ доходовъ.

Финансовая организація суда во многомъ зависитъ отъ общаго положенія суда въ системѣ государствен-

---

[1]) *Люблинскій.* «Объѣзды королевскихъ судей въ Англіи», въ «Юридич. Запискахъ», издаваемыхъ Демидовскимъ Юрид. Лицеемъ. Ярославль. 1911. Вып. II—III, стр. 441 сл.

наго управленія. Основнымъ принципомъ государственнаго управленія нашего времени является общая вознаграждаемость услугъ государственной власти. Дѣйствія власти въ области управленія по каждому отдѣльному случаю безвозмездны; расходы, неизбѣжно связанные съ дѣйствіями власти, покрываются общими налогами. Спеціальныя вознагражденія, въ видѣ сборовъ и пошлинъ, являются исключеніями, которыя постепенно отмираютъ въ практикѣ современнаго государства. Эти исключенія являются пережитками прошлаго, когда дѣйствіе государственной власти опиралось на спеціальную вознаграждаемость и было прежде всего источникомъ фискальнаго дохода. Въ наше время административные и судебные институты въ подавляющей массѣ являются такими финансовыми институтами, которые эксплоатируются по принципу чистаго расхода и рѣдко—по принципу спеціальной пошлины. Теперь въ нѣкоторыхъ государствахъ хозяйственныя предпріятія казны вырождаются въ учрежденія, т. е. при эксплоатаціи ихъ отказываются отъ основной цѣли—получать доходъ. Но для старыхъ эпохъ судъ не былъ учрежденіемъ, скорѣе всего, какъ остроумно замѣчаетъ проф. Бастэбль, тогдашній судъ нужно было бы отнести въ отдѣлъ государственныхъ доходныхъ предпріятій.

Между судебными функціями и органами стараго государства и финансовыми—было самое тѣсное родство. Временами судебныя функціи были главнымъ источникомъ королевскихъ рессурсовъ. Мы позволимъ себѣ привести то мѣсто изъ Иліады, на которое ссылается, между прочимъ, Адамъ Смитъ.—Царь Агамемнонъ, желая помириться съ Ахиллесомъ и призвать его въ качествѣ союзника на поле битвы подъ высокими стѣнами Трои, обѣщаетъ ему кромѣ многочисленныхъ цѣнныхъ подарковъ изъ награбленнаго на войнѣ имущества, родной дочери еще:

«Семь подарю я градовъ, процвѣтающихъ, многонародныхъ.
Ихъ населяютъ богатые мужи овцами, волами

Кои дарами его, какъ бога, чествовать будутъ,
И подъ скипетромъ ему заплатятъ богатыя дани»[1]).

Безусловно, эти богатыя дани съ городовъ, которые могли бы отойти подъ скипетръ Ахиллеса, были бы судебными сборами царя. Такъ это мѣсто толкуетъ, между прочимъ, Адамъ Смитъ. Судебныя функціи скипетроносца въ старыя эпохи, въ мирное время, были основными функціями и главнѣйшими источниками доходовъ. Даже въ средніе вѣка Западной Европы, когда уже мелькали мысли о настоящемъ государственномъ управленіи, «слово юстиція, какъ объясняетъ проф. Карѣевъ, обозначало нѣчто гораздо большее, чѣмъ правосудіе, судебную власть, отправленіе судейской функціи: въ немъ выражалось почти то же самое, что заключалось въ римскомъ понятіи «имперія» или въ современномъ понятіи «суверенитета». Юстиція—не что иное, именно, какъ верховная власть, въ которой судебное право только подчеркивалось и выдвигалось на первый планъ»[2]).

Близкое родство судебной и финансовой власти можно прослѣдить на многихъ фактахъ изъ исторіи развитія государственныхъ учрежденій. Укажемъ на римскаго квестора, который въ началѣ былъ вспомогательнымъ судебнымъ чиновникомъ, а затѣмъ изъ этой должности вырастаетъ глава финансоваго учрежденія. Такая эволюція квесторской должности далеко не случайность, эта эволюція опирается на фискальное значеніе стараго суда. Укажемъ еще на одинъ весьма интересный случай изъ русской исторіи. На Руси до средины XVI вѣка была натуральная повинность корма, т. е. поставки пищевого довольствія. Объ этой повинности говоритъ еще Русская Правда. Населеніе поставляло пищевое довольствіе чиновникамъ и ихъ лошадямъ. Право на кормъ получали и тогдашніе судьи. Въ срединѣ XVI вѣка, какъ доказываетъ проф. Сергѣевичъ, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ появляются вы-

---

[1]) «Иліада» въ перев. Гнѣдича. Пѣснь IX, стихи 149, 154—156.

[2]) *Карѣевъ.* Помѣстье—государство и сословная монархія среднихъ вѣковъ. Спб. 1906, стр. 203.

борные судьи. Но отъ этой реформы казна не хочетъ терять права на кормъ и переводитъ старую повинность корма въ денежный оброкъ, который и поступаетъ въ государеву казну. Выборнымъ судьямъ приказано было «пошлинъ съ судныхъ дѣлъ не имати ни которыхъ», а старый «присудъ» и «доходъ пошлинныхъ людей» перевели, наряду съ повинностью корма, въ тотъ же денежный оброкъ [1]). Такимъ образомъ, коренная судебная реформа не повліяла на фискальное отношеніе государства къ суду, она даже увеличила доходы государя и, между прочимъ, неожиданно повлекла созданіе настоящаго налога на очень оригинальномъ основаніи...

Въ исторіи финансовъ обыкновенно наблюдается слѣдующее явленіе: отправленіе государственныхъ функцій обогащаетъ не только главу государства, но цѣлый рядъ начальническихъ фамилій. Къ участію въ отправленіи судебныхъ функцій въ былыя времена царь приглашаетъ жрецовъ и представителей богатыхъ семей, что еще болѣе обогащаетъ «лучшихъ людей». Различныя функціи государственной власти ведутъ къ обогащенію цѣлыхъ общественныхъ группъ. Судъ въ данномъ отношеніи не составлялъ исключенія. Въ феодальную эпоху сеньоръ обладалъ правомъ суда надъ своими крѣпостными, поэтому онъ и носилъ особое названіе—seigneur-justicier. Судебныя функціи помѣщика были однимъ изъ средствъ извлеченія доходовъ съ населенныхъ имѣній. Въ доменіальную эпоху и король, и феодальные помѣщики находились въ одинаковомъ положеніи по отношенію къ средствамъ извлеченію доходовъ: или приходилось пользоваться натуральными повинностями, или въ качествѣ добавочныхъ рессурсовъ налагать на подвластное населеніе различные сборы. Преобладали предметно-цѣлевые сборы, поэтому обращеніе къ суду всегда было однимъ изъ лучшихъ способовъ взысканія этихъ поборовъ. Цѣлый рядъ изслѣдователей, какъ, напр., Zeumer, Below и др. доказы-

---

[1]) *Сергѣевичъ*. Древности русскаго права. Т. III. Спб. 1903, стр. 167.

ваютъ, что фактами, изъ которыхъ въ послѣдствіи развились налоги, были, именно, судебные сборы...

Въ эпоху абсолютной монархіи, побѣдившей феодальный строй, судебная власть, раздробленная между различными организаціями, консолидируется въ рукахъ короны, которая устанавливаетъ «королевскій миръ». Нарушеніе этого мира какимъ-либо преступленіемъ прежде всего влечетъ сборъ въ пользу короля [1]. Но, кромѣ этого, судъ обогащаетъ корону и въ другихъ направленіяхъ. Во Франціи, напр., корона занимается продажей судебныхъ должностей. Затѣмъ широко развивается практика судебныхъ пошлинъ. Потребность въ судѣ разсматривается, какъ частная потребность, это сказывается въ особомъ взглядѣ на такія дѣла, которыя въ наше время никогда не могутъ кончиться мировымъ соглашеніемъ, а тогда цѣлый рядъ уголовныхъ дѣлъ кончался мировой сдѣлкой и уплатой штрафа въ пользу короля. Разъ судъ удовлетворялъ совершенно частную потребность, то естественно потребовать съ тяжущихся спеціальнаго вознагражденія власти. Эти пошлины имѣли генетическую связь съ тѣми подарками, которые обязательно приносились судьѣ и правой, и виноватой стороной. «Кормъ», какъ государственное установленіе, исчезъ, но долгое время онъ давалъ себя знать въ видѣ подарковъ судьямъ. Еще изъ классическаго міра идутъ жалобы на то, что судьи судятъ не по совѣсти, а по подаркамъ. Когда въ абсолютной монархіи ввели судейскія жалованья, то это было сдѣлано не для того, чтобы сократить расходы сторонъ по тяжбѣ, а главнымъ образомъ для того, чтобы по возможности умѣрить судейскую коррупцію. Такъ объясняетъ это Адамъ Смитъ.

Но такъ какъ старая монархія вѣчно находилась въ тискахъ безысходнаго финансоваго кризиса, то она,

---

[1]) *Селигманъ* пишетъ: «Королевскій миръ долженъ быть соблюденъ— всякое нарушеніе его карается денежными пенями и штрафами; не только преступленіе, но и причиненіе убытка имѣетъ свою публично-правовую сторону. Никто не можетъ причинить вреда частному лицу, не нарушивъ королевскаго мира и не доплативъ за это». *Селигманъ и Стурмъ.* Этюды по теоріи обложенія. Перев. подъ ред. М. И. Фридмана. Спб. 1908 г., стр. 3.

во-первыхъ, не могла отдѣлаться отъ фискальнаго взгляда на судъ, а, во-вторыхъ, не могла поставить судейскую власть въ приличныя условія: жалованья были мизерны, что создавало почву для поразительнаго взяточничества. Въ Россіи до манифеста 14 декабря 1763 г. жалованье выдавалось только высшимъ чинамъ, а всѣ остальные чиновники, въ томъ числѣ и судейскіе, должны были жить «акциденціями». Только послѣ этого манифеста, положившаго жалованье всѣмъ штатнымъ чинамъ, акциденціи сдѣлались взятками.

Фискальный взглядъ на судъ выражался въ томъ, что государство обильно собирало судебныя пошлины. Но не только пошлины обогащали казну, судъ часто приводилъ къ значительнымъ конфискаціямъ, къ тѣмъ конфискаціямъ, которыя были прямымъ продолженіемъ стариннаго «потока и разграбленія». Конфискаціи по судебному приговору были въ старыя эпохи обыкновеннымъ явленіемъ. То, что не выбирала пошлина, то вычерпывала конфискація. Конфискаціями преслѣдовались различныя цѣли: и цѣли устрашенія, наказанія, обезсилѣнія опасныхъ враговъ, но не послѣднюю роль при этихъ конфискаціяхъ играли и цѣли простого обогащенія. Конфискаціи настигали богатыхъ людей, пошлины и штрафы—среднихъ и бѣдныхъ. Петръ Великій конфисковалъ имѣнія Цыклера, Соковнина и Пушкина, эта конфискація давала правительству ежегодный доходъ въ 1.224 руб. Преображенскій приказъ былъ основанъ на доходы съ этой крупной конфискаціи [1]).

Во Франціи XVIII вѣка Судебная камера была средствомъ поправленія королевскихъ фанансовъ. Эта камера «кончила свое существованіе среди всеобщихъ проклятій послѣ годовой дѣятельности, подраздѣляющейся на полгода кроваваго и на полгода денежнаго режима». За годъ дѣятельности эта камера вызвала 6000 лицъ, состояніе которыхъ было оцѣнено, по показаніямъ вызванныхъ, въ 1.200 милліоновъ. У названныхъ лицъ было конфисковано 209 милліоновъ [2]).

---

[1]) *Милюковъ.* Госуд. хозяйство Россіи въ первой четверти XVIII ст. Изд. второе. Спб. 1905, стр. 106.

[2]) *Горнъ.* Джонъ Ло. Перев. И. Шипова. СПБ. 1895. Стр. 44—45.

О широкой практикѣ конфискацій краснорѣчиво говоритъ тотъ фактъ, что запрещеніе конфискацій записано на страницахъ государственныхъ конституцій, куда записываются особенно дорогія права народа. Параграфъ 53-й Саксонской конституціи говоритъ слѣдующее: «конфискація допустима лишь въ отношеніи къ особымъ предметамъ, служившимъ объектомъ или орудіемъ преступленія. Общая конфискація имущества никогда не можетъ имѣть мѣста».—Конституція С.-А. Соединенныхъ Штатовъ ограничиваетъ даже размѣры штрафовъ: «не могутъ быть требуемы чрезмѣрные залоги, не могутъ быть взыскиваемы чрезмѣрные пени и не могутъ быть налагаемы жестокія и необычныя наказанія». Всѣ эти конституціонныя ограниченія безусловно имѣли богатое основаніе въ прошломъ суда.

Судъ и въ наше время является источникомъ доходовъ для государства. Лучшій классификаторъ финансовыхъ сборовъ, проф. Э. Селигманъ дѣлитъ всѣ современные принудительные сборы на три категоріи по источнику принужденія и устанавливаетъ, что эти сборы идутъ изъ верховной собственности, на которой покоится право экспроріаціи, изъ уголовной власти, которая раждаетъ пени и штрафы и, наконецъ, изъ налоговой власти [1]). Но въ наше время судъ, какъ увидимъ ниже, въ качествѣ фискальнаго источника находится на положеніи высохшаго колодезя, когда-то обильнаго водою...

Фискальный характеръ суда прошлыхъ эпохъ является настолько безспорнымъ фактомъ, что извѣстный фактъ существованія судей, которые смотрѣли на судейскую должность, какъ на почетное званіе, а потому не получали жалованья, какъ-бы воплощая въ себѣ идею даровой юстиціи, этотъ фактъ нисколько не противорѣчитъ общему принципу стараго суда. Вообще, вопросъ о безплатныхъ должностяхъ въ финансовой исторіи древняго и новаго міра менѣе всего связанъ съ идеями безкорыстія и служенія народу. И не только

———

[1]) *Селигманъ и Стурмъ.* Этюды по теоріи обложенія. Перев. Спб. 1908, стр. 86.

взятки нарушаютъ эту, казалось-бы, естественную связь. Безплатная должность всегда была удѣломъ богатыхъ лицъ Когда древне-греческія государства вводили аристократическій режимъ, то немедленно всѣ отвѣтственные и вліятельные посты обслуживались безплатно. Эта безплатность прежде всего была препоной для доступа къ государственнымъ должностямъ представителямъ демократіи. Если въ той же древней Греціи побѣждала демократія, то первымъ дѣломъ уничтожалась безплатность службы. Въ новое время безплатныя почетныя мѣста и должности широко практиковались въ Англіи, что прежде всего привело къ тому, что вся судьба англійскаго народа очутилась въ рукахъ земельной аристократіи. Благодаря этому въ XVIII вѣкѣ въ англійскихъ графствахъ «развился родъ патріархальнаго, безконтрольнаго господства крупныхъ землевладѣльцевъ и Gentry надъ сельскими массами. Благодаря этому,— говоритъ Іосифъ Редлихъ,—явились, какъ необходимое слѣдствіе, классовая юстиція и классовое управленіе», особенно въ области мировой юстиціи. «Рѣзче всего это сказывается въ строгомъ, можно даже сказать,— жестокомъ, примѣненіи законовъ о собственности, о правѣ охоты и въ судебныхъ приговорахъ противъ лѣсныхъ порубокъ и браконьерства». Эти жалобы на несправедливую юстицію въ области этихъ дѣлъ не замолки въ Англіи до сихъ поръ [1]). Стоитъ только познакомиться съ экономической исторіей Англіи XIV, XV и позднѣйшихъ вѣковъ, особенно съ вопросомъ о земельныхъ отношеніяхъ, напр., изъ эпохи огораживанія, какъ сразу можно получить тысячи доказательствъ той истины, что въ тѣ времена безплатная юстиція, въ особенности сельская Justice of Peace, обходилась населенію очень дорого. Извѣстный историкъ экономическихъ судебъ Англіи проф. Эшли говоритъ, между прочимъ, что «имѣются вѣскія основанія думать, что лорды злоупотребляли правомъ налагать въ мэноріальныхъ судахъ штрафы (amercements) на своихъ держа-

---

[1]) *Редлихъ*, Англійское мѣстное управленіе. Перев. Ф. Ельяшевича. Т. I. Спб. 1907, стр. 77.

телей за самые пустые проступки. Моралистъ XIV-го вѣка говоритъ, обращаясь къ сельскому дворянству: «Когда вы налагаете на кого-либо штрафъ, пусть милосердіе его налагаетъ (здѣсь непереводимый каламбуръ: when ye amercyn any man, let mercy be taxour). Уиклифъ въ одной изъ своихъ проповѣдей жалуется, что «лорды иной разъ очень притѣсняютъ бѣдныхъ людей штрафами» [1]).—Мы уже не говоримъ о томъ, что эти суды рѣшали сложные и запутанные споры о земельныхъ владѣніяхъ. Для насъ важно установить, что и безплатная юстиція приводила къ системѣ безмѣрныхъ штрафовъ...

Цѣлыя эпохи судъ не только не былъ источникомъ расходовъ для государства; наоборотъ, онъ былъ хорошимъ, въ смыслѣ доходности, фискальнымъ насосомъ. Традиціи забываются не скоро. Вотъ почему даже въ новѣйшую эпоху, когда многія функціи государственной власти сдѣлались причиной колоссальныхъ расходовъ, судъ по своимъ расходамъ продолжалъ занимать весьма скромную позицію въ бюджетахъ отдѣльныхъ государствъ. Прежде всего это отражалось на качествахъ суда. Какимъ, наприм., былъ судъ въ Россіи въ недалекомъ прошломъ, въ первой половинѣ XIX-го вѣка? Вѣроятно, всѣмъ извѣстны многочисленные отзывы современниковъ и историковъ о русскомъ дореформенномъ судѣ. Приведемъ послѣднюю по времени характеристику. Въ 1909 г. въ III Госуд. Думѣ министръ юстиціи сказалъ слѣдующее: «крѣпостная Россія, въ сущности, не имѣла суда, вслѣдствіе чего въ населеніи царило полнѣйшее безправіе Крючкотворство замѣняло собою правосудіе, взяточничество составляло повсемѣстную, издавна вкоренившуюся, язву русской общественной жизни» [2]).

Но одними традиціями прошлаго, одними пережитками и медленнымъ вымираніемъ старыхъ язвъ трудно

---

[1]) *Эшли.* Экономическая исторія Англіи въ связи съ экономической теоріей. Перев. Н. Муравьева. Москва. 1897, стр. 541—542.

[2]) Стеногр. отчеты о засѣд. Думы. 1909. Сессія II, ч. II. Засѣд. 66, 2. III. Стр. 2874.

конечно, объяснить особенную позицію расходовъ на юстицію въ современномъ государствѣ. Въ наше время потребность въ судѣ общепризнана, какъ предметъ чистыхъ расходовъ государства. Судебныя пошлины играютъ въ доходномъ бюджетѣ ничтожную роль. Но почему же расходы на юстицію такъ незначительны?

Кратко укажемъ и другую причину. Еще Адамъ Смитъ рѣзко и опредѣленно отмѣтилъ связь между развитіемъ собственности и суда. Смитъ говорилъ, что въ томъ человѣческомъ обществѣ, гдѣ собственность отдѣльнаго человѣка не превышаетъ по своей цѣнности трехдневнаго труда, тамъ спокойно можно жить безъ суда. Имущественныя права слишкомъ ничтожны. Личныя обиды—случайны, такъ какъ онѣ большею частью вырастаютъ вмѣстѣ съ собственностью. Но когда появилась значительная собственность, создавшая имущихъ и неимущихъ, то въ интересахъ имущихъ прежде всего пришлось организовать судъ, какъ защиту имущественныхъ интересовъ. «Только подъ покровомъ гражданской магистратуры, говоритъ Смитъ, собственникъ, владѣющій цѣннымъ имуществомъ, какъ результатомъ многолѣтняго труда или труда цѣлыхъ поколѣній, можетъ проспать спокойно ночь» [1]).

Эту мысль Адама Смита необходимо дополнить другимъ соображеніемъ. Право и судебная защита права нужны не только какъ охрана собственности противъ неимущихъ, но и для перекрещенныхъ и сталкивающихся интересовъ самихъ имущихъ. Экономическій оборотъ, въ которомъ были завязаны интересы самихъ имущихъ, требовалъ и законовъ, и судебной организаціи. Недаромъ такъ называемыми нормами гражданскаго права пестрятъ первобытные законодательные памятники, начиная съ самаго древняго — недавно открытаго кодекса вавилонскаго царя Hammurabi [2]). Древнее греко-египетское право, только теперь открытое въ найденныхъ папирусахъ, старинные русскіе законодательные памят-

---

[1]) *A. Smith.* Op. cit. Стр. 319.

[2]) Этотъ старѣйшій кодексъ переведенъ на нѣмецкій языкъ Винклеромъ въ «Der alte Orient», 4 Iahrg. Leipzig. 1903. 2 Auflage.

ники, наконецъ, знаменитое римское право, все это представляетъ не только политическую охрану собственности, но и юридическую регламентацію отношеній между собственниками.

Принимая мысль Адама Смита съ этой необходимой поправкой нужно признать. что право издавна было аристократическимъ по пространству своего дѣйствія, такъ какъ оно не защищало и мало касалось народныхъ массъ, и плутократическимъ по своему содержанію. Отсюда, какъ необходимое слѣдствіе, судъ былъ нуженъ главнымъ образомъ для верховъ человѣческихъ обществъ, а для массъ оставалась расправа. Такое положеніе дѣла естественно приводило къ тому, что расходы государства на судъ не могли быть особенно значительными. Даже въ новѣйшую эпоху, когда равноправіе передъ закономъ сдѣлалось основою демократическаго правосознанія, всетаки въ такихъ странахъ, какъ Россія, продолжаетъ существовать два суда: дорогой – для верховъ общества и дешевый—для народа. Еще въ сельскохозяйственныхъ комитетахъ говорили о недоступности нашихъ общихъ судовъ для народныхъ массъ. Г. Маклаковъ въ своей запискѣ, поданной въ звенигородскій уѣздный комитетъ писалъ: «общіе суды мало доступны для крестьянъ. Крестьяне сами не могутъ справиться ни съ сложностью матеріальныхъ законовъ, ни съ тонкостью процессуальныхъ. Юридическая помощь не организована и земская адвокатура пока въ области запретныхъ пожеланій» [1]).

Но если общіе суды для крестьянъ недоступны и поэтому для государства этотъ судъ стоитъ дешево, то для народныхъ массъ такой судъ обходится дорого. Тотъ же авторъ записки говоритъ, что «крестьяне неизбѣжно попадаютъ въ руки подпольныхъ адвокатовъ, а это влечетъ проигрышъ вѣрныхъ процессовъ, а иногда долголѣтнее и раззорительное веденіе дѣлъ безнадежныхъ». Съ тѣхъ поръ, какъ написаны эти строки, положеніе не только не измѣнилось къ лучшему, а на-

[1]) Нужды деревни по работамъ комитетовъ о нуждахъ сельскохоз. промышленности». Т. I. Спб. 1904. Стр. 142. См. также ст. 69 сл.

оборотъ—рѣзко ухудшилось. Проведеніе закона о выходѣ изъ общины поставило передъ крестьянствомъ сложные юридическіе вопросы. Судебные споры неизбѣжны, неизбѣжно отстаиваніе затронутыхъ интересовъ. И то, что сообщается въ текущей прессѣ по этому вопросу, всѣ эти свѣдѣнія о безнадежныхъ поискахъ свѣдущихъ защитниковъ и монополія «аблакатовъ», все это производитъ самое гнетущее впечатлѣніе.

Незначительность расходовъ государства на юстицію не только обездоливаетъ народныя массы въ отношеніи судебной защиты, но въ то же время наноситъ существенные ущербы и тѣмъ группамъ населенія, которыя имѣютъ возможность широко пользоваться общими судами. Мы говоримъ о русскихъ отношеніяхъ. Въ цитированной рѣчи министра юстиціи въ Госуд. Думѣ констатируются оба существенныхъ дефекта русской судебной организаціи. Министръ говорилъ: «едва ли нужно мнѣ распространяться о томъ, что наше судебное устройство, нашъ храмъ закона и правосудія нуждается въ прикосновеніи творческой руки архитектора-законодателя». Съ другой стороны тотъ же министръ говоритъ: «плугъ законодательный совершенно не коснулся обширнѣйшей нивы крестьянскаго суда». Переведите это образное выраженіе на языкъ обыденной жизни и вы получите высоко-оффиціальное признаніе того вопіющаго факта, что сотня милліоновъ народа живетъ, собственно говоря, безъ суда. Понятно, что расходы государства на юстицію при такихъ условіяхъ могутъ быть скромными.

За послѣднее время эти расходы, какъ увидимъ ниже, нѣсколько повышены; главнымъ образомъ, повышены расходы на содержаніе общаго суда. Но и въ этой области далеко не все осталось благополучнымъ. Когда въ Государственной Думѣ, въ декабрѣ 1908 г., обсуждался законопроектъ объ усиленіи штатовъ нѣкоторыхъ судебныхъ установленій, то докладчикъ привелъ нѣсколько интересныхъ данныхъ, характеризующихъ состояніе нашихъ общихъ судовъ.

Судебная статистика констатируетъ перегрузку судебныхъ дѣятелей дѣлами, что, конечно, тормазитъ

правильное теченіе правосудія. Въ судебныхъ палатахъ считается, что норма дѣлъ на одного члена—500 уголовныхъ или 150 гражданскихъ. Почти вездѣ эти нормы превышаются въ ущербъ интересамъ правосудія. Въ окружныхъ судахъ нормой могутъ быть признаны тѣ же количества, что и въ палатахъ, но и въ окружныхъ судахъ тѣ же повсемѣстные случаи перегрузки. Въ дѣйствительности на каждаго члена окружнаго суда приходится 721 дѣло, изъ нихъ важнѣйшихъ до 264. Судебный слѣдователь продуктивно работаетъ въ томъ случаѣ, если въ среднемъ у него не болѣе 45 дѣлъ; въ дѣйствительности у него въ среднемъ—до 225 дѣлъ. Для товарища прокурора считается нормой 300—350 дѣлъ, въ дѣйствительности у него въ нѣкоторыхъ округахъ до 690 дѣлъ. Нормальная порція мирового судьи опредѣляется въ 150 слѣдственныхъ дѣлъ, или отъ 1.000 до 1.500 чисто мировыхъ дѣлъ. А если мировой судья ведетъ и слѣдственныя дѣла, и мировыя, то нормальной порціей для него будетъ слѣдственныхъ дѣлъ отъ 60 до 80 и мировыхъ отъ 500 до 600. Дѣйствительность превосходитъ эту норму по меньшей мѣрѣ въ три раза...

Не смотря на то, что дефекты существующей судебной организаціи вполнѣ опредѣлены и сознаны, всетаки въ Россіи до сихъ поръ не дѣлаютъ и не намѣрены сдѣлать необходимаго шага къ устраненію этихъ нетерпимыхъ дефектовъ. Все, что дѣлается въ этой области, какъ, напр., расширеніе штатовъ нѣкоторыхъ судебныхъ установленій, увеличеніе жалованій, разъѣздныхъ, все это производитъ впечатлѣніе жалкихъ палліативовъ.

Главная причина такого медленнаго ризвитія судебной организаціи лежитъ въ томъ, что нѣтъ матеріальныхъ средствъ. Бюджетные милліарды поглощены другими задачами. Юстиціи приходится отступать на задній планъ, въ особенности передъ полиціей. Когда министръ юстиціи въ 1908 г. просилъ у Думы средствъ на нѣсколько судебныхъ должностей, ему говорили: мало просите. Министръ отвѣчалъ: онъ проситъ, сообразуясь съ финансовымъ положеніемъ государства.

При составленіи бюджета на 1909 г. смѣта первоначальныхъ требованій министерства юстиціи была урѣзана на 6,9 милл.—Финансовыя соображенія стоятъ на пути скораго и повсемѣстнаго введенія необходимѣйшаго мѣстнаго суда взамѣнъ архаическихъ волостныхъ судовъ.

Если мы обратимся къ русской финансовой статистикѣ, то получимъ тамъ слѣдующія документальныя данныя, послѣ всего сказаннаго пріобрѣтающія вполнѣ опредѣленный смыслъ.

Бюджетъ министерства юстиціи въ 1897 г. составлялъ 41.832 тыс. руб. при общемъ итогѣ всѣхъ государственныхъ расходовъ въ 1.494.598 тыс. руб. Въ 1909 г. бюджетъ того же министерства былъ 73.832 тыс., при общемъ бюджетѣ въ 2.607.551 тыс. руб. Если мы примемъ цифры 1897 г. за сто, то получимъ любопытный результатъ: расходы министерство юстиціи въ 1909 году составляли 176% въ то время, какъ общій бюджетъ 175%. Слѣдовательно, ростъ расходовъ на юстицію шелъ нога въ ногу съ ростомъ бюджета. Отсюда можно сдѣлать тотъ выводъ, что въ развитіи судебныхъ расходовъ главнымъ факторомъ были финансовыя отношенія, а отнюдь не интересы лучшей организаціи суда. Ростъ расходовъ на министерство юстиціи происходилъ въ слѣдующемъ видѣ:

Годы:	Бюджетъ М. Ю.	Весь бюджетъ.
1897	41.832 тыс. руб.	1.494.598 тыс. руб.
1898	42.335 » »	1.772.211 » »
1899	44.829 » »	1.785.112 » »
1900	45.956 » »	1.889.216 » »
1901	46.058 » »	1.874.257 » »
1902	47.114 » »	2.167.176 » »
1903	49.112 » »	2.107.868 » »
1904	50.730 » »	2.737.697 » »
1905	50.074 » »	3.204.753 » »
1906	53.540 » »	3.212.697 » »
1907	56.443 » »	2.196.000 » »
1908	65.020 » »	2.387.700 » »
1909	73.832 » »	2.607.551 » »

1910	75.870 тыс. руб.	2.596.660 тыс. руб.
1911 [1])	77.076 » »	2.720.108 » »
1912 [1])	83.016 » »	2.975.252 » »

Въ государственномъ бюджетѣ 1909 года, относительно котораго имѣется отчетъ государственнаго контроля, бюджетъ министерства юстиціи занималъ весьма скромную позицію На министерство юстиціи расходовалось только 2,8% всѣхъ государственныхъ рессурсовъ даннаго года.

Но для того, чтобы нагляднѣе выяснить бюджетную позицію судебныхъ расходовъ, мы должны проанализировать составъ бюджета министерства юстиціи. Министерство юстиціи вѣдаетъ судебнымъ дѣломъ, тюремнымъ и межевымъ На судебную часть, включая и высшее управленіе судомъ, въ 1909 году уходило 43.073.556 руб., на тюремную—28.699.175 руб. и на межевую—1.789 909 руб. Въ процентахъ это раздѣленіе будетъ имѣть слѣдующія соотношенія:

судъ . . .	58,4
тюрьма. . .	39,0
межевое дѣло	2,6
	100%

Когда мы говорили о томъ, что ростъ бюджета министерства юстиціи шелъ нога въ ногу съ общимъ ростомъ всего имперскаго бюджета, то оставалось неяснымъ, какія же части министерскаго бюджета расли быстро, а какія отставали. Анализъ соотвѣтствующихъ цифръ даетъ точный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Съ 1903 года по 1907 годъ расходы на судъ выросли на 8,6 процентовъ; за это же время расходы на тюрьму увеличились на 7,7%. Но съ этого времени картина рѣзко мѣняется: съ 1907 года по 1910 годъ расходы на судъ увеличиваются на 25,3%, расходы же на тюрьму увеличиваются въ это время на 83,2%. Но еще болѣе увеличились за это время расходы на полицію.

[1]) Смѣтныя данныя.

Расходы	1903	1910	%%
на полицію	32.531 тыс.	68.867 тыс.	111,6
» судъ	30.233 »	41.129 »	36
» тюрьму	15.780 »	31.123 »	97

По поводу этихъ цифръ «Вѣстникъ Финансовъ» замѣчаетъ: «Большая часть увеличенія расходовъ на полицію, судъ и тюрьму явилась результатомъ происходившихъ въ странѣ безпорядковъ, вызвавшихъ увеличеніе ассигнованій на огражденіе внутренней безопасности» [1]). Такимъ образомъ ростъ бюджета министерства юстиціи за послѣднее время никакъ нельзя отождествить съ заботами о лучшей судебной организаціи.

За послѣднее время оказалось возможнымъ произвести строго выдержанную предметную классификацію русскихъ государственныхъ расходовъ. Расходы на судъ находятся не только въ бюджетѣ министерства юстиціи, но въ небольшихъ количествахъ въ бюджетахъ и нѣкоторыхъ другихъ министерствъ. Общій подсчетъ всѣхъ этихъ судебныхъ расходовъ государства для 1910 года даетъ цифру въ 39.595 тыс. руб., или только 1,5% всего государственнаго бюджета.

Но для насъ интересно опредѣлить бюджетную позицію судебныхъ расходовъ не только по отношенію ко всему государственному бюджету, но и по отношенію къ расходамъ общаго управленія. Изъ бюджета 1910 года въ 2.630 милл. на расходъ общаго управленія было назначено 321.706 тыс. руб. Эта огромная сумма распредѣлялась между отдѣльными отраслями управленія слѣдующимъ образомъ:

на высшія госуд. учрежденія .	16%
на центр. и мѣстн. администр. .	40%
на полицію	21,4%
на судъ	12,6%
на тюрьму	10%

Теперь, если мы обратимся къ подробному анализу судебнаго бюджета министерства юстиціи, то увидимъ,

---

1) «Госуд. расходы по главнымъ предметамъ назначенія въ 1903—1910 г.», Спб. 1910.—Прилож. къ «Вѣстн. Фин.».—Стр. 9.

что цифры совершенно точно подтверждаютъ наше положеніе, что лучше всего обезпечено судебное дѣло для той части народа, которая имѣетъ возможность широко пользоваться общими судебными установленіями Судебный бюджетъ министерства юстиціи въ 1909 году расчленялся слѣдующимъ образомъ: изъ всего судебнаго бюджета въ 43.973 тыс руб.

окружные суды поглощали		53,3%
мировой судъ	»	13%
судебныя палаты	»	6,2%
касац: департаменты	»	1,6%
другіе расходы	»	25.5%

Эти другіе расходы состоятъ изъ слѣдующихъ ставокъ:

сенатъ . . .	3,8%
центральн. управл.	1,3%
мѣстное » .	0,1%
разные расходы .	20,3%
	25,5%

Мы далеки отъ мысли утверждать, что общіе суды у насъ, въ Россіи, являются сословными учрежденіями, формально—они доступны всѣмъ классамъ населенія. Но въ силу экономическихъ причинъ гражданскій судъ, куда люди обращаются по своей инициативѣ, доступенъ по преимуществу для мало-мальски состоятельныхъ лицъ. Въ высшіе суды деревенскія массы попадаютъ, главнымъ образомъ, въ качествѣ матеріала для уголовной репрессіи. Будничныя дѣла многомилліонной массы рѣшаются низшими судами, и особенно «дешево» для казны организованъ сельскій судъ. Мировой судъ, хотя онъ въ качествѣ суда первой инстанціи и въ роли ближайшаго суда къ народнымъ низамъ, долженъ быть особенно заваленнымъ дѣлами, всетаки въ бюджетномъ отношеніи стоитъ для государства дешевле общихъ судовъ. Правда, въ сельскихъ мѣстностяхъ мировая юстиція замѣняется суррогатомъ — судомъ земскихъ начальниковъ, а поэтому къ госуд. расходамъ на мировую юстицію нужно было бы присоединить часть рас-

ходовъ казны на земскихъ начальниковъ. Но для раздѣленія расхода на земскихъ начальниковъ на двѣ части, согласно двоякой роли этихъ двуликихъ янусовъ, нѣтъ никакихъ основаній въ финансовыхъ смѣтахъ.

Интересно отмѣтить, что разница въ бюджетной позиціи расходовъ на общій судъ и судъ для народныхъ низовъ сказывается и въ другомъ направленіи. Судъ и въ наше время является источникомъ доходовъ. Онъ даетъ основаніе взимать такъ называемыя судебныя пошлины Въ 1909 г. такихъ пошлинъ поступило въ госуд. казначейство на 3.614 812 руб.; изъ этой суммы общія судебныя пошлины дали 80%, мировыя—14% и гминныя 6%. Другіе сборы, связанные съ судебными дѣйствіями, являются не пошлинами въ истинномъ значеніи этого слова, а простыми налогами на обращеніе, почему мы ихъ оставляемъ въ сторонѣ. Казалось бы, что принципъ чистаго расхода проведенъ послѣдовательнѣе по отношенію къ народному суду, а не по отношенію къ общему суду. Но это только на первый взглядъ. Картина измѣнится, если взять суммы судебныхъ пошлинъ въ отношеніи къ абсолютнымъ цифрамъ расходовъ на каждый видъ суда. Но, кромѣ того, города должны добавлять на содержаніе мировой юстиціи. На содержаніе гминныхъ судовъ существуетъ особый сборъ съ населенія «въ пособіе государственному казначейству». Какъ выяснилось въ бюджетной комиссіи Гос. Думы, этотъ сборъ съ избыткомъ покрываетъ расходы госуд. казначейства на гминный судъ [1]). Слѣдовательно, расходы государства на народный судъ вслѣдствіе этого сокращаются еще въ большей мѣрѣ.

Что расходы на судъ всего меньше связаны съ потребностями въ хорошо организованномъ судѣ, помимо сказаннаго, доказывается и тѣмъ фактомъ, что расходы на судъ распредѣляются по имперіи внѣ всякой связи съ размѣрами территоріи округовъ и населенностью ихъ. На Европ. Россію изъ всего бюджета министер-

---

[1]) См. «Доклады бюджетной комиссіи». 1909—1910. Т. I. № 1—36. Доклады по смѣтѣ М. Ю-іи.

ства юстиціи расходуется 92% и только 8% этого бюджета приходится на Сибирь! Распредѣленіе этихъ 8% между отдѣльными губерніями Сибири опять-таки не стоитъ въ какой либо связи съ размѣрами и населенностью этихъ губерній.

И въ главныхъ чертахъ бюджетной позиціи суда, и въ деталяхъ—одинъ строго выдержанный стиль...

Къ вопросу о положенiи судьи въ гражданскомъ процессѣ.

(По поводу книги *Danz*, Die Anslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Tatfrage. Dritte auf Grund des B.G.B. vermehrte und erweiterte Auflage. 1911. Jena, Fischer).

И. Б. Новицкаго.

Вопросъ о положенiи судьи въ гражданскомъ процессѣ, о предѣлахъ его дѣятельности, какъ извѣстно, принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ и боевыхъ въ литературѣ. Споръ идетъ главнымъ образомъ о томъ, можетъ ли судья въ случаяхъ молчанiя закона по извѣстному вопросу [1]), а, по мнѣнiю нѣкоторыхъ представителей «свободнаго исканiя права», иногда даже и вопреки указанiямъ закона, почерпать отвѣтъ на возникшiй вопросъ въ собственной совѣсти, или судья долженъ быть органомъ подзаконнымъ, который можетъ прибѣгать къ инымъ источникамъ, кромѣ закона, лишь на основанiи прямого дозволенiя на то со стороны послѣдняго.

Danz, авторъ работы, названной выше, не принадлежитъ къ числу сторонниковъ новаго направленiя «свободнаго исканiя права», не пользующагося вообще въ нѣмецкой юриспруденцiи кредитомъ [2]). Но, оставаясь на почвѣ стараго воззрѣнiя, Danz не отвлекается

---

[1]) Ср. Швейц. Улож. ст. 1, предоставляющую судьѣ, въ тѣхъ случаяхъ, на которые нѣтъ указанiй ни въ законѣ, ни въ обычаѣ, разрѣшать дѣло по правиламъ, какiя онъ, судья, создалъ бы самъ, если бы ему пришлось законодательствовать.

[2]) См., напр., такой авторитетный органъ, какъ Deutsche Iuristen-Zeitung за послѣднiе годы; въ частности, статьи Oertmann, Schneider, того же Danz и другихъ въ №№ 6, 8, 16—17 за 1911 г.

въ угоду теоріи отъ требованій жизни и въ концѣ концовъ приходитъ къ выводу о необходимости и—въ довольно широкихъ предѣлахъ—самостоятельной творческой дѣятельности судей. Работа Danz'а о толкованіи сдѣлокъ, вышедшая въ мартѣ истекающаго года третьимъ изданіемъ (обстоятельство для спеціальной монографіи многозначительное) представляетъ большую цѣнность и интересъ.

Какъ видно изъ заглавія, Danz сосредоточиваетъ свое вниманіе на толкованіи сдѣлокъ, т. е. онъ суживаетъ общій вопросъ объ интерпретаторской дѣятельности суда, но изслѣдуетъ, можно сказать, главную и самую трудную часть вопроса [1]).

Основная мысль, красной нитью проходящая черезъ всю книгу Danz'а, формулируется такъ. Дѣйствительныя, внутреннія намѣренія данныхъ контрагентовъ, заключившихъ сдѣлку, подлежащую обсужденію, для суда неинтересны. Судъ долженъ при истолкованіи сдѣлки поставить мысленно на мѣсто контрагентовъ двухъ разсудительныхъ людей и постараться съ ихъ точки зрѣнія выяснить, какъ надо принимать конкретныя волеизъявленія на основаніи всѣхъ различныхъ внѣшнихъ обстоятельствъ дѣла. Пріемъ, который можетъ на первый взглядъ показаться слишкомъ отвлеченнымъ отъ реальныхъ условій, но именно онъ то и отличается наиболѣе реалистическимъ характеромъ. Услуги судьи понадобятся или при различномъ пониманіи содержанія сдѣлки сторонами, или при обнаруженіи нѣкоторыхъ пробѣловъ въ немъ. Если стороны согласно понимаютъ смыслъ заключенной сдѣлки, судьѣ не придется навязывать имъ какое-либо иное толкованіе. Только въ случаѣ спора сторонъ наступаетъ судейское толкованіе сдѣлки. Искать въ этихъ случаяхъ истинную, дѣйствительную волю, которую имѣли стороны, обозначало бы рѣшать дѣло на почвѣ фикцій. Ибо по общему правилу воля лица въ моментъ совершенія сдѣлки направлена

---

[1]) Впрочемъ авторъ вскользь замѣчаетъ, что основныя мысли, выраженныя въ его книгѣ, примѣнимы и къ толкованію законовъ (стр. 57).

не на достиженіе извѣстнаго юридическаго эффекта, а экономическихъ результатовъ. Человѣкъ, заказывающій обѣдъ въ ресторанѣ или берущій у знакомыхъ зонтъ въ виду неожиданнаго ливня, не думаетъ объ юридической конструкціи купли-продажи или ссуды, а только хочетъ въ первомъ случаѣ утолить голодъ, во-второмъ—защититься отъ дождя. Если судья желаетъ разрѣшить вопросъ объективно и оставаясь на реальной почвѣ, онъ долженъ установить, какъ принято въ оборотѣ истолковывать произнесенныя сторонами слова, ихъ дѣйствія, притомъ какъ при совершеніи сдѣлки, такъ и до и даже послѣ ея совершенія, особенности положенія или профессіи сторонъ, и всѣ отдѣльныя обстоятельства, сопровождавшія въ данномъ конкретномъ случаѣ заключеніе сдѣлки, всю ея обстановку, до послѣднихъ деталей, со всѣми нюансами. Судья долженъ обратить вниманіе на то, какова экономическая цѣль—по общепринятому воззрѣнію—совершенной сдѣлки. Авторъ подробно развиваетъ то положеніе, что это общепринятое значеніе отдѣльныхъ словъ и дѣйствій само мѣняется въ связи съ хозяйственной цѣлью сдѣлки и различными деталями обстановки, въ которой она заключалась. Эта мысль иллюстрируется на рядѣ наглядныхъ примѣровъ: просьба посѣтителя въ ресторанѣ, выраженная однимъ и тѣмъ же словомъ «дайте» или «принесите», будетъ охарактеризована различно, идетъ ли дѣло о кушаньѣ или о газетѣ; одно и то же выраженіе «одолжите», «разрѣшите воспользоваться» позволяетъ признать наличность то возмездной, то безвозмездной сдѣлки, въ зависимости отъ того, къ кому обращаются съ подобной просьбой — къ содержателю спеціальнаго заведенія, отпускающаго какія-нибудь вещи на прокатъ, или къ отцу, пріятелю и т. п.

Волеизъявленіе, какъ одинъ изъ моментовъ фактическаго состава сдѣлки, поэтому и опредѣляется авторомъ, какъ такое поведеніе лица, которое по воззрѣніямъ оборота, если учесть всѣ обстоятельства дѣла, позволяетъ заключить о наличности опредѣленной воли, независимо отъ того, была ли дѣйствительно такая воля въ конкретномъ случаѣ. Кто не желаетъ, чтобы съ его

словами и дѣйствіями связывалось общепринятое значеніе, тотъ долженъ такое желаніе заранѣе опредѣленно выразить, дабы объ этомъ могли узнать всѣ заинтересованныя лица, и тогда судья, примѣняя принципъ доброй совѣсти, придастъ волеизъявленію не то значеніе, какое ему обычно придается, а иное, своеобразное. Съ другой стороны, оцѣнка съ точки зрѣнія оборота всѣхъ обстоятельствъ сдѣлки приведетъ къ лишенію силы сдѣлокъ симулированныхъ, волеизъявленій несерьезныхъ и т. п.

Примѣняя такой объективный критерій, судья свяжетъ свою дѣятельность непосредственно съ самой жизнью, знаніе которой обязательно для такого толкованія. Въ самомъ дѣлѣ, онъ не сумѣетъ установить обычный, оборотный, если можно такъ выразиться, смыслъ произнесенныхъ сторонами словъ, выполненныхъ дѣйствій и всѣхъ прочихъ фактическихъ обстоятельствъ сдѣлки иначе, какъ войдя въ непосредственное соприкосновеніе съ жизнью, изучивъ обычныя воззрѣнія людей данной среды. Такимъ образомъ судья долженъ засвидѣтельствовать, какъ оцѣниваетъ поведеніе данныхъ лицъ сама жизнь, дѣловой оборотъ. И только достигнувъ опредѣленнаго результата на основаніи жизненныхъ указаній, судья долженъ затѣмъ проявить свое юридическое искусство, превратить эти результаты въ юридическія понятія. Вся юридическая конструкція зависитъ отъ результата, добытаго судьей описаннымъ способомъ толковаія. «Не жизнь для понятій, а понятія для жизни» (стр. 100).

Это приближеніе права къ жизни—несомнѣнный плюсъ отстаиваемый Danz'омъ точки зрѣнія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, объективное сужденіе на основаніи общепринятаго при данныхъ условіяхъ смысла волеизъявленія, независимо отъ знанія сторонами этого смысла, отъ ихъ внутреннихъ помысловъ и намѣреній, служитъ вѣрнѣйшимъ средствомъ обезпеченія прочности дѣловыхъ житейскихъ отношеній, которыя при примѣненіи старой теоріи господства внутренней воли контрагентовъ должны очень подрываться. Примѣняя объективный критерій толкованія на основаніи воззрѣній обо-

рота, юристъ дѣйствуетъ въ соотвѣтствіи съ жизненной картиной совершенія сдѣлокъ, имѣющихъ въ виду опредѣленные экономическіе результаты, при чѣмъ каждый участникъ оборота, стремясь къ извѣстному экономическому эффекту, употребляетъ тѣ именно пріемы изъявленія воли, какіе принято употреблять для достиженія данной цѣли.

Книга Danz'а состоитъ изъ двухъ частей—общей и особенной. Въ первой устанавливается отмѣченный выше общій принципъ толкованія, выясняется настоящая сфера толкованія (въ частности отграничивается область доказыванія, какъ вопросъ факта), выясняется ближе понятіе «обычаевъ гражданскаго оборота» и «доброй совѣсти» etc; во второй—общій принципъ толкованія прилагается къ отдѣльнымъ спеціальнымъ видамъ сдѣлокъ; эта вторая часть, какъ особенно базирующая на нормахъ германскаго права, имѣетъ для русскаго читателя менѣе значенія, чѣмъ первая принципіальная.

По сравненіи съ двумя предыдущими изданіями, въ третьемъ изданіи развитъ параграфъ о толкованіи формальныхъ сдѣлокъ, а также введены два новыя: § 9, съ особенной рельефностью выражающій основную идею автора, и § 11, выясняющій, въ развитіе той же мысли, что молчаливое соглашеніе сторонъ, на которое часто ссылаются и въ литературѣ и въ практикѣ, не что иное, какъ фикція, отголосокъ старой волевой теоріи.

Въ конечномъ итогѣ Danz, не принадлежащій къ новому свободному направленію, приходитъ къ признанію за судьей правотворческой дѣятельности. Онъ опредѣленно указываетъ, что кромѣ нормъ закона примѣняются еще нормы, найденныя и установленныя судьей. Не по субъективному произволу дѣйствуетъ здѣсь нѣмецкій судья. Опираясь на ст. 157 и 242 Герм. Улож., отсылающія его къ обычаямъ гражданскаго оборота, судья изъ этихъ-то обычаевъ и выводитъ новыя нормы. Подмѣчая однообразную практику въ извѣстномъ отношеніи, судья формулируетъ на этомъ основаніи опредѣленную норму, дополняющую законъ (стр. 95 сл., 111 сл.). Такія созданныя судьей нормы пользуются даже преимущественнымъ значеніемъ по

сравненію съ нормами законовъ, если только послѣдніе носятъ характеръ диспозитивныхъ, а не повелительныхъ (стр. 141 слл.). Въ этой правотворческой дѣятельности судей кроется источникъ живого развитія объективнаго права, его гармоніи съ современнымъ уровнемъ культуры.

Если при первоначальномъ появленіи книги Danz'а около 15 лѣтъ тому назадъ проводимый въ ней взглядъ, хотя и находилъ сторонниковъ, но имѣлъ и серьезныхъ противниковъ (самъ Danz называетъ противоположный взглядъ, т. н. Willenstheorie, даже господствовавшимъ въ то время [1]), то теперь положеніе въ литературѣ уже иное. Изложенное воззрѣніе встрѣчаетъ большое сочувствіе и справедливо называется самимъ авторомъ господствующимъ [2]). Къ этой точкѣ зрѣнія, въ концѣ концовъ, склонились и составители, Германскаго Гражданскаго Уложенія. Правда, ст. 133 Герм. Ул. гласитъ, что «при толкованіи волеизъявленія должно изслѣдовать истинную волю сторонъ, а не придерживаться одного буквальнаго смысла выраженій». Но это—скорѣе только редакціоный отголосокъ старой теоріи. Danz сопоставляя эту статью со ст. 119, касающейся оспариванія сдѣлки по заблужденію, приходитъ къ заключенію, что она не идетъ въ разрѣзъ съ его теоріей, такъ какъ центръ тяжести этой статьи лежитъ въ запрещеніи буквальнаго толкованія. Зато ст. 157 и 242 [3]), кстати сказать, подробно комментированныя авторомъ и иллюстрированныя на множествѣ яркихъ жизненныхъ примѣровъ, прямо выражаютъ основную мысль референруемой книги, предоставляя судьѣ, по выраженію Schneider'а [4]), посредничество между закономъ и юридическимъ оборотомъ, и тѣмъ указывая золотую средину между буквоѣдствомъ и безудержнымъ произволомъ судьи.

---

[1]) Vorwort zur dr. Aufl., IV.

[2]) Ibid.

[3]) B.G.B. 157. Договоръ слѣдуетъ толковать согласно требованіямъ доброй совѣсти и принимая во вниманіе обычаи гражданскаго оборота.

242. Должникъ обязанъ чинить удовлетвореніе добросовѣстно, сообразуясь съ обычаями гражданскаго оборота.

[4]) *Schneider*, Gesetz und Richteramt (D. I. Z. 1911 г. № 16/17).

Книга Danz'a, глубокая по мысли, ясная по изложенію, заслуживаетъ безусловнаго вниманія. Мы рѣшаемся даже сказать бóльшее: она заслуживаетъ перевода на русскій языкъ. Теперь, когда вопросъ о границахъ судейскаго усмотрѣнія, о соотношеніи между закономъ и жизнью такъ волнуетъ юристовъ, появленіе книги Danz'a въ русскомъ переводѣ было бы весьма нелишнимъ.

Николай Павловичъ Загоскинъ.

Профессоръ исторіи русскаго права въ Казанскомъ университетѣ (1851—1912).

Г. Тельберга.

I.

6-го февраля текущаго года умеръ профессоръ Казанскаго университета Николай Павловичъ Загоскинъ. Смерть застигла его въ Петербургѣ на посту члена государственнаго совѣта, но не этимъ мѣстомъ и не этимъ званіемъ опредѣляется содержаніе того жизненнаго пути, что прошелъ съ честью покойный. Вся его жизнь, какъ и вся его дѣятельность, была тѣснѣйшимъ образомъ связана съ казанско-поволжскимъ краемъ и съ естественнымъ очагомъ культуры въ этомъ краѣ— Казанскимъ университетомъ. Поступивъ сюда девятнадцатилѣтнимъ студентомъ въ 1870 году (послѣ окончанія курса въ Пензенской гимназіи), покойный благополучно и съ блескомъ прошелъ здѣсь университетскій курсъ на юридическомъ факультетѣ, въ 1875 году сдѣлался приватъ-доцентомъ по каѳедрѣ исторіи русскаго права и съ тѣхъ поръ почти совсѣмъ не покидалъ ея до послѣднихъ дней своей жизни [1]). Стало-быть, безъ малаго сорокъ лѣтъ Николай Павловичъ былъ неизмѣннымъ членомъ казанской академической корпораціи, живымъ и дѣятельнымъ участникомъ не всегда спокойной академической жизни; уже на склонѣ своей жизни, въ самые трудные годы нашей недавней смуты онъ

[1]) Только въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ Николай Павловичъ долженъ былъ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ преподавать энциклопедію права.

былъ избранъ ректоромъ Казанскаго университета, но вызвалъ противъ себя ожесточенную травлю со стороны нѣкоторыхъ ультра-реакціонныхъ круговъ, и почти единогласное избраніе его на вторичный срокъ не получило санкціи министерства. Но тѣснымъ кругомъ академическихъ интересовъ не замкнулась связанная съ Казанью дѣятельность покойнаго. Онъ принималъ живое участіе въ устройствѣ археологическихъ съѣздовъ въ Казани и былъ однимъ изъ основателей возникшаго въ семидесятыхъ годахъ въ Казани общества археологіи и этнографіи [1]). Какъ человѣкъ, смолоду богатый отзывчивостью и энергіей, онъ не избѣжалъ тяготѣнія къ отвѣтственному и неблагодарному дѣлу провинціальной публицистики и съ 80-хъ годовъ сталъ издавать въ Казани газету «Волжскій Вѣстникъ» вкладывая въ нее такъ много энергіи, таланта (и денежныхъ средствъ—добавимъ),—что газета, имъ руководимая, могла бы претендовать болѣе, чѣмъ на областное значеніе. Въ послѣдніе годы своей жизни Николай Павловичъ былъ избранъ въ гласные казанской городской думы и съ неизмѣнно характеризующею его энергіей и отзывчивостью окунулся въ самую гущу городскихъ интересовъ.—Даже на историческихъ трудахъ покойнаго отразилась эта его постоянная, многими годами укрѣпившаяся связь съ мѣстнымъ университетомъ и съ областной жизнью: въ 1897 году совѣтъ университета возложилъ на Николая Павловича почетное и отвѣтственное порученіе написать университетскую исторію за сто лѣтъ, и четыре тома этой исторіи, выпущенные въ печать до настоящаго времени, составляютъ, пожалуй, капитальнѣйшую изъ работъ его жизни; перелистывая ихъ страница за страницей, невольно отмѣчаешь, какимъ живымъ интересомъ и какой искренней привязанностью къ своему университету охваченъ самъ исторіографъ; одинъ изъ вдумчивыхъ рецензентовъ этого труда справедливо утверждаетъ, что

---

[1]) При возникновеніи Московскаго археологическаго института Николай Павловичъ поспѣшилъ привѣтствовать это новое историко-ученое учрежденіе присылкой собранной имъ коллекціи древнихъ рукописей.

«авторъ не ограничивается сухими статистическими обозрѣніями университетскаго быта, а стремится изобразить теченіе университетской жизни во всей ея конкретности, съ ея плотью и кровью, онъ непосредственно вводитъ насъ въ общество живыхъ людей, работавшихъ въ стѣнахъ университета» (Кизеветтеръ, Историческіе очерки, Москва, 1912, стр. 153). Но, помимо этой капитальной работы, покойный въ цѣломъ рядѣ мелкихъ и крупныхъ статей затрогивалъ различныя стороны казанской старины и въ разработку ихъ вносилъ всѣ пріемы научно-историческаго изслѣдованія и всю обстоятельность, составлявшую его постоянное достоинство; изъ очерковъ этихъ складывалась постепенно чуть не полная исторія казанскаго края съ его своеобразными историческими судьбами и крупнымъ культурнымъ знаніемъ; покойный увлекался этими экскурсіями въ областную исторію, и пишущій эти строки не разъ слышалъ изъ его устъ признаніе, что законченная исторія казанско-волжскаго края является одной изъ очередныхъ задачъ его научной работы.

Эта неизмѣнная близость къ областной жизни, эти постоянныя и многообразныя связи съ Казанью достаточно объясняютъ ту популярность, которой пользовался покойный на мѣстѣ своей дѣятельности; для характеристики этой популярности можно отмѣтить одинъ фактъ: на выборахъ въ государственную думу перваго призыва Николай Павловичъ (благодаря его нежеланію) не былъ выставленъ кандидатомъ ни отъ одной политической партіи, и тѣмъ не менѣе, при полномъ отсутствіи агитаціи въ его пользу, онъ чуть не собралъ вокругъ своего имени абсолютнаго большинства голосовъ. Среди многихъ поколѣній студентовъ Николай Павловичъ пользовался еще большей популярностью, что засвидѣтельствовалъ не такъ давно Е. Чириковъ на страницахъ своей послѣдней повѣсти «Юность» (Вѣстникъ Европы 1911); популярности этой, такъ пригодившейся ему въ трудные годы его ректорства, способствовало, прежде всего, его чисто-товарищеское отношеніе къ молодежи, полная доступность и совершенная простота обхожденія, и отчасти, можетъ-быть,

и то, что, даже перешагнувъ за шестой десятокъ своей жизни, старый ученый и профессоръ хранилъ еще въ себѣ какую-то непочатую искру молодости...

Но какъ ни разнообразны были сферы дѣятельности, въ которыя отзывчивость къ общественнымъ интересамъ и бодрая энергія затягивали Николая Павловича, основнымъ дѣломъ его жизни остается тридцатилѣтняя и почти непрерывная работа въ области историко-юридической науки, и всѣ разнообразныя званія, которыя жизнь навязывала покойному, отъ гласнаго думы и редактора до члена государственнаго совѣта, покрываются однимъ лестнымъ званіемъ—историка русскаго права; оцѣнкѣ этой преобладающей стороны въ его дѣятельности и посвящаются дальнѣйшія строки.

II.

Лѣтопись научныхъ работъ покойнаго историка открывается 1874 годомъ, когда онъ напечаталъ свое кандидатское сочиненіе «Очерки происхожденія и организаціи служилаго сословія въ до-Петровской Руси»; въ слѣдующемъ году онъ защитилъ pro venia legendi работу объ «уставныхъ грамотахъ XIV—XVI в.в.»; а къ самому концу семидесятыхъ годовъ появляется важнѣйшій изъ его историко-юридическихъ трудовъ «Исторія права Московскаго государства»; первый томъ этого изслѣдованія посвященъ исторіи верховной власти и обзору источниковъ этого періода, а второй—боярской думѣ и приказамъ; впрочемъ, исторія московскихъ приказовъ осталась авторомъ ненаписанной, хотя онъ усердно собиралъ для нея архивные матеріалы. Въ работѣ о «Столахъ разряднаго приказа» (Каз. 1879) Николай Павловичъ впервые проложилъ дорогу къ архивному обслѣдованію этого важнѣйшаго изъ московскихъ центральныхъ учрежденій. Слѣдующей интересной его работой является небольшое, но содержательное изслѣдованіе объ «Уложеніи царя Алексѣя Михайловича и земскомъ соборѣ 1648—49 года» (Каз. 1880). Въ теченіи десяти дальнѣйшихъ лѣтъ (1881—1891) вниманіе Н. П. Загоскина сосредоточилось около изслѣдо-

ванія казанской старины, результатомъ чего явился рядъ историческихъ очерковъ, напечатанныхъ, главнымъ образомъ, въ органахъ мѣстной прессы. Въ 1891—92 г. являются двѣ его работы, посвященныя опять вопросамъ исторіи русскаго права — «Очеркъ исторіи смертной казни въ Россіи» и «Наука исторіи русскаго права» (библіографическій указатель). Въ 1899 г. напечатанъ былъ первый томъ его «Исторіи права русскаго народа», по преимуществу, съ пропедевтическимъ содержаніемъ: въ предисловіи къ нему авторъ развертываетъ широкій планъ почти исчерпывающаго курса по исторіи права, расчитаннаго на двѣнадцать томовъ; но уже въ это время онъ долженъ былъ приступить къ капитальной и кропотливой работѣ по столѣтней исторіи университета, для чего ему не только приходилось перерывать сверху до низу богатѣйшій и, притомъ, неупорядоченный университетскій архивъ, но и совершать многократныя поѣздки въ Петербургъ для поисковъ университетскаго матеріала въ архивѣ министерства народнаго просвѣщенія. Эти труды заняли весь его досугъ и сконцентрировали всю его энергію, такъ что для продолженія задуманнаго имъ курса по исторіи права не оставалось уже ни того ни другого: только въ 1906 году онъ отчасти возвращается къ этой задачѣ, выпустивъ объемистый учебникъ по исторіи русскаго права [1]).

Перелистывая сейчасъ всѣ эти историко-юридическіе труды отошедшаго въ иной міръ работника науки,

---

[1]) Мы не приводимъ здѣсь исчерпывающихъ библіографическихъ указаній на труды Н. П. Загоскина: они собраны имъ самимъ въ сжатой автобіографической замѣткѣ, напечатанной въ имъ же редактированномъ сборникѣ «За сто лѣтъ. Біографическій словарь профессоровъ и преподавателей Императорскаго Казанскаго университета». Часть вторая. Казань. 1904. Стр. 26—29. Впрочемъ, важнѣйшія изъ его работъ перечислены нами въ текстѣ; здѣсь мы упомянемъ еще одну работу, не отмѣченную въ текстѣ и не попавшую въ его собственный указатель: «Русскіе водные пути и судовое дѣло до-Петровской Россіи». СПБ. 1910. Эта работа предпринята была покойнымъ по порученію министерства путей сообщенія, выполнена была съ необыкновенной тщательностью (Ник. Павл. самъ чертилъ всѣ историко-географическія карты, приложенныя къ этому изслѣдованію) и, благодаря почти полному отсутствію литературы по этому вопросу, имѣетъ большой интересъ и крупное значеніе.

я хочу отмѣтить нѣкоторыя внѣшнія впечатлѣнія, естественно возникающія, какъ мнѣ кажется, у всякаго внимательнаго читателя его работъ. Прежде всего, бьетъ въ глаза та кропотливая заботливость, та рѣдкая научная добросовѣстность, съ которой покойный стремился достигнуть исчерпывающей полноты матеріала, относящагося къ изслѣдуемой имъ темѣ. Эту черту отмѣтилъ еще В. И. Сергѣевичъ (нынѣ также «отошедшій»), когда, характеризуя изслѣдованіе Николая Павловича о «думѣ боярской», говорилъ и писалъ, что это—«превосходная работа, въ которой собрано болѣе данныхъ, чѣмъ можно найти въ какомъ-либо другомъ сочиненіи» (Древности, II, 420). Мнѣ, не разъ наблюдавшему покойнаго въ процедурѣ его работы, хочется засвидѣтельствовать, что всѣ практическіе пріемы, примѣнявшіеся имъ въ стадіи подготовительныхъ работъ (главнымъ образомъ, послѣдовательно выдерживаемая карточная система),—расчитаны были именно на исчерпывающее и систематическое обслѣдованіе источниковъ примѣнительно къ поставленной темѣ. Какъ истинный изслѣдователь, всегда заботящійся о томъ, чтобы отдѣлить свое отъ чужого, Николай Павловичъ съ постоянной заботливостью группировалъ въ своихъ работахъ обильныя библіографическія указанія; завершеніемъ ихъ и сводкой былъ систематическій указатель историко-юридической литературы, составленный имъ около 1891 года; для тѣхъ условій, среди которыхъ приходилось работать профессору-библіографу (провинціальное удаленіе, неполнота библіотекъ, совершенное отсутствіе всякихъ другихъ библіографическихъ работъ) этотъ трудъ былъ почти совершенствомъ, и примѣнительно къ русской литературѣ того времени въ немъ едва ли можно констатировать какіе-нибудь серьезные пропуски.

Но помимо этой добросовѣстности, этой щепетильной, научной аккуратности я бы отмѣтилъ еще болѣе важную, хотя труднѣе уловимую черту въ историческихъ трудахъ Н. П. Загоскина: въ авторѣ ихъ чувствуется *любовь къ старинѣ*, переходящая иногда какъ бы въ *чутье древности*, въ чуткое и живое пониманіе

своеобразной древней жизни. Эта субъективная особенность проявлялась, пожалуй, сильнѣе въ устныхъ бесѣдахъ Николая Павловича, чѣмъ въ его печатныхъ трудахъ; но и въ послѣднихъ она сыграла свою роль, удержавъ его отъ многихъ заблужденій, отъ ряда неправильныхъ историческихъ выводовъ, къ которымъ логически увлекали его иногда несовершенные методы изслѣдованія.

III.

Для оцѣнки научныхъ заслугъ покойнаго Н. П. Загоскина слѣдуетъ принять во вниманіе то время, къ которому пріурочены важнѣйшіе изъ его историко-юридическихъ работъ: его изслѣдованіе о земскихъ соборахъ (Исторія права Московскаго государства, т. I) явилось на свѣтъ почти одновременно со статьей Сергѣевича (Сборникъ государственныхъ знаній, II) и, стало быть, задолго до обстоятельной работы проф. Латкина; а его второй томъ «Исторіи права Московскаго государства», содержавшій изслѣдованіе о думѣ боярской, опередилъ на много лѣтъ капитальную работу Ключевскаго. Такимъ образомъ, эти важнѣйшіе изъ научныхъ трудовъ покойнаго представляютъ собой *первую попытку* систематической, исчерпывающей и научно-объективной обработки всего того историко-юридическаго матеріала, которымъ располагала тогда русская историческая наука относительно этихъ основныхъ явленій Московской государственности. На этихъ работахъ Николая Павловича, какъ, впрочемъ, и на другихъ его изслѣдованіяхъ, отразились тѣ общіе историческіе взгляды, которые исключительно господствовали въ ту эпоху: предметомъ изслѣдованій покойнаго являются всегда учрежденія и ихъ дѣятельность, а не силы, ихъ созидающія, не общественные классы со своими разобщенными и часто противоположными интересами; у Н. П. Загоскина можно даже отмѣтить нѣкоторое тяготѣніе къ чисто-внѣшней исторіи учрежденій: мѣсто и время дѣятельности, порядокъ засѣданій, внѣшніе символы власти—всѣ эти вопросы зачастую трактуются

въ работахъ покойнаго съ бо́льшимъ вниманіемъ, чѣмъ они того заслуживаютъ. Но слѣдуетъ указать въ связи съ этимъ положительную черту историческихъ пріемовъ Николая Павловича: въ противоположность Сергѣевичу, который грѣшилъ иногда точкой зрѣнія неподвижности въ изложеніи прошлаго нашихъ правовыхъ институтовъ, Николай Павловичъ всегда съ заботливостью стремился установить связи эпохи изучаемой съ періодами, ей предшествовавшими и за ней слѣдующими. Что касается собственно историческихъ взглядовъ, высказанныхъ покойнымъ въ его главнѣйшихъ трудахъ, то со многими изъ нихъ теперь уже нельзя согласиться, да и для своего времени они не всегда были самыми удачными: такъ, на оцѣнкѣ имъ политическаго значенія земскихъ соборовъ сказалась неопредѣленность и расплывчатость политическихъ идей славянофильства, помѣшавшая ему разсмотрѣть и фактическую и обычно-правовую подоплеку этихъ московскихъ учрежденій; реальный процессъ укрѣпленія и роста самодержавія изслѣдовался покойнымъ въ полномъ смѣшеніи съ развитіемъ самодержавной идеологіи; вопросъ о политической роли думы боярской рѣшенъ былъ покойнымъ изслѣдователемъ въ категорически отрицательномъ смыслѣ. Но всѣ эти ошибки покойнаго, какъ ни существенны они для пониманія московской государственной жизни, съ избыткомъ искупаются тѣми правильными взглядами, а подчасъ прямо-таки цѣнными открытіями, къ которымъ приводили покойнаго вдумчивость и обстоятельность въ изслѣдованіи нашей правовой старины. Имъ была впервые высказана правильная и въ высшей степени цѣнная мысль о томъ, что уставныя грамоты, посредствомъ которыхъ почти два вѣка (XIV—XV) развивалось московское законодательство, не есть простыя инструкціи для областныхъ управителей, а какъ бы мѣстныя конституціи, въ которыхъ центральная власть идетъ на встрѣчу домогательствамъ населенія и даетъ имъ гарантіи отъ произвола и злоупотребленій; политическое и практическое значеніе уставной грамоты, утверждалъ Н. П. Загоскинъ—заключалось въ томъ, что ею опредѣлялись *границы власти* (и способы

отвѣтственности—добавимъ мы сюда). Въ юридическомъ анализѣ земскихъ соборовъ Николай Павловичъ отчетливо и выразительно подчеркнулъ лежавшую въ основѣ ихъ *идею всенародности*, черту глубоко важную для пониманія этого московскаго учрежденія, съ нашей точки зрѣнія столь неполнаго и несовершеннаго по своему составу. За много лѣтъ до Дитятина, Н. П. Загоскинъ отмѣтилъ земскія челобитья, какъ проявленіе «законодательной инціативы земщины въ Москвѣ» и какъ «могущественный рычагъ развитія московскаго законодательства» (Исторія права Московскаго государства, I, 2). Въ связи съ этими взглядами покойнаго стоитъ одна изъ важнѣйшихъ его работъ, посвященная «Уложенію царя Алексѣя Михайловича и земскому собору 1648 года» (Каз. 1880); въ ней онъ впервые поставилъ вопросъ о сильнѣйшемъ вліяніи соборныхъ людей на основныя части этого кодекса и для рѣшенія его привлекъ къ изслѣдованію Уложенія тексты дошедшихъ до насъ земскихъ челобитенъ тѣхъ годовъ; разбираясь въ содержаніи Уложенія, онъ пришелъ къ справедливой мысли, что нѣкоторыя изъ главъ этого кодекса должны *цѣликомъ* разсматриваться, какъ продукты соборно-челобитенной инціативы, потому что въ нихъ содержится *развитіе* и полное выраженіе началъ, очерченныхъ въ челобитьяхъ.

Какъ видимъ, почти вся продуктивная научная дѣятельность покойнаго относилась къ области государственнаго права и, еще тѣснѣе, къ исторіи московскихъ учрежденій. Изъ работъ, въ которыхъ Николай Павловичъ затрогивалъ вопросы, относящіеся къ другимъ сферамъ права, заслуживаютъ упоминанія: 1) Очеркъ исторіи смертной казни въ Россіи. Актовая рѣчь. Казань. 1892 и 2) О правѣ владѣнія городскими дворами въ Московскомъ государствѣ. Казань. 1877. Послѣдняя работа посвящена одному изъ труднѣйшихъ вопросовъ о происхожденіи и границахъ права личной собственности на участи городской земли въ до-Петровской Руси и, въ виду скудости литературы по этому вопросу, не потеряла своего значенія и до настоящаго времени.

Въ лицѣ Николая Павловича сходитъ въ могилу третій представитель того поколѣнія ученыхъ, трудами которыхъ была дана систематическая обработка исторіи русскаго права, какъ самостоятельной отрасли университетскаго преподаванія. Въ прошломъ году изъ немногочисленной семьи русскихъ историковъ-юристовъ смерть вырвала почти одну за другой двѣ цѣнныхъ жертвы: умерли Сергѣевичъ и Леонтовичъ, съ которыми Николай Павловичъ по справедливости долженъ раздѣлить честь планомѣрной и систематической разработки дисциплины русскаго историко-юридическаго знанія. Это—ихъ неоспоримая заслуга не только въ развитіи русской науки, но и въ исторіи русскихъ университетовъ; каѳедра исторіи національнаго права, только-что созданная въ университетахъ уставомъ 63-го года, нашла себѣ достойныхъ представителей; ихъ неутомимыми трудами, ихъ открытіями и даже ихъ ошибками, она была поставлена на рельсы, и ей было обезпечено плодотворное движеніе впередъ: изученіе права, какъ цѣлостнаго продукта національной жизни, какъ духовной цѣнности, не менѣе важной, чѣмъ національная литература и языкъ,—сдѣлалось постояннымъ предметомъ университетскаго преподаванія и постояннымъ познавательнымъ интересомъ русской юридической науки.

Изъ иностранныхъ журналовъ.

Димитрій Стояновъ. Положеніе женщины при законномъ наслѣдованіи въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ. Bulletino dell' istituto di diritto romano, 1911, № 1—2.

Болгарскій романистъ Д. Х. Стояновъ излагаетъ на страницахъ Bulletino содержаніе своей вышедшей въ 1909 году на болгарскомъ языкѣ работы, посвященной вопросу о законномъ наслѣдованіи женщинъ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ.

Въ виду отсутствія историческихъ свѣдѣній о наслѣдственныхъ правахъ римлянокъ въ древнѣйшія эпохи римской исторіи, мы можемъ пріобрѣсти нѣкоторыя свѣдѣнія по этому вопросу лишь при помощи сравнительнаго метода. Приступая къ изслѣдованію, авторъ задаетъ общій вопросъ: какими причинами опредѣляется то или другое положеніе женщины въ наслѣдственномъ правѣ, и, вообще, какіе факторы вліяютъ на форму отношеній половъ.

Для отвѣта г. Стояновъ изслѣдуетъ половыя отношенія у животныхъ и приходитъ къ выводу, что при значительномъ разнообразіи этихъ отношеній они одинаковы у животныхъ одного вида. Отсюда вытекаетъ заключеніе, что у животныхъ половыя отношенія опредѣляются особенностями физическаго строенія. То же должно имѣть мѣсто и у людей. Дѣйствительно, изслѣдованія, произведенныя авторомъ надъ различными человѣческими группами, подтверждаютъ, по его мнѣнію, эту мысль: общества, сохранившія большую или меньшую чистоту расы, держатся одного опредѣленнаго типа половыхъ отношеній, измѣненія же этихъ отношеній наблюдаются въ тѣхъ группахъ, которыя образовались черезъ смѣшеніе расъ. Поэтому, зная анатомическое строеніе даннаго человѣческаго общества и форму половыхъ отношеній, свойственную образующимъ это общество расамъ, мы можемъ заключить о формѣ половыхъ отношеній, господствовавшей въ этомъ обществѣ, хотя бы изъ другихъ источниковъ намъ объ этихъ отношеніяхъ ничего не было извѣстно.

Эти предварительныя разсужденія авторъ прилагаетъ въ исторіи древнѣйшаго римскаго права. Древнѣйшее населеніе римскаго государства слагалось изъ представителей двухъ основныхъ расъ: изъ расы бѣлокурой,

которую авторъ называетъ „атлантической“ (будучи убѣжденъ, что родиной этой расы была Атлантида,—земля, соединявшая Европу съ Америкой), и изъ расы монгольской. У плебеевъ преобладаютъ черты атлантической расы, у патриціевъ—черты монгольскаго происхожденія.

Доказательствомъ служатъ: въ отношеніи плебеевъ—останки, найденныя въ гробницахъ плебейской части Эсквилинскаго холма, удостовѣряющія „атлантическій“ типъ плебеевъ, въ отношеніи патриціевъ—прежде всего статуи, изображающія благородныхъ римлянъ (таковы статуи Сципіана Африканскаго, Суллы, Цезаря, Юнія Брута, Августа, Тиберія, Германика, Калигулы, Клавдія, Нерона и др.)· у всѣхъ ихъ можно замѣтить монгольскія черты—широкій черепъ, широкое лицо, большое разстояніе между глазами, большія и торчащія уши. Данныя сравнительнаго правовѣдѣнія удостовѣряютъ, что у „атлантической“ расы господствовали эндогамныя отношенія, общность женъ, уваженіе къ женщинѣ и равныя наслѣдственныя права женщинъ и мужчинъ, а у монгольской—экзогамія, моноандрія, подчиненіе женщины и исключеніе ея изъ наслѣдованія. Отсюда можно вывести заключеніе о положеніи женщинъ у плебеевъ и патриціевъ въ древнѣйшія времена: у первыхъ должны были быть эндогамныя отношенія, общность женъ и равенство половъ, у вторыхъ—наоборотъ, экзогамныя отношенія, моноандрія и подчиненіе женщины. Этотъ выводъ подтверждается, по мнѣнію автора, историческими данными, изъ которыхъ въ своемъ рефератѣ онъ указываетъ на слѣдующія: дочери царя Сервія Туллія (плебейскаго происхожденія) вышли замужъ за своихъ дядей съ материнской стороны; послѣ царя Тарквинія Приска царское достоинство перешло не къ сыну его, а къ мужу старшей дочери (указаніе на наслѣдственныя права дочерей); патриціи назывались такъ первоначально потому, что только они могли указать своихъ отцовъ (слѣдовательно, можно думать, что у плебеевъ вначалѣ былъ бракъ поліандрическій); первый патриціанскій бракъ между родственниками ближе 7-ой степени относится къ III вѣку до Р. Х.; патриціанская богиня брака Юнона была „uni nupta“; патриціанка, не „uni nupta“, не могла присутствовать при нѣкоторыхъ религіозныхъ церемоніяхъ; патриціанки всю жизнь стояли подъ властью какого-либо мужчины, а потому не могли принимать участія въ наслѣдованіи, имѣвшемъ главной цѣлью передачу семейной власти; постановленія XII таблицъ по буквѣ своей говорятъ о наслѣдованіи однихъ мужчинъ и относятся только къ наслѣдованію патриціевъ („gentiles“ первоначально могли быть только у патриціевъ).

Въ концѣ своей работы авторъ ставитъ вопросъ о причинахъ, вызвавшихъ преобразованія въ формахъ отношеній половъ у римлянъ. Если

принять во вниманіе, что развитое римское право восприняло въ себя черты какъ плебейскихъ, такъ и патриціанскихъ отношеній между мужчинами и женщинами, то можно будетъ заключить, что означенныя преобразованія были вызваны взаимнымъ другъ на друга вліяніемъ этихъ двухъ группъ римскаго населенія. Дѣйствительно, если во второй половинѣ эпохи республики плебеи не вступали въ бракъ съ очень близкими родственниками, то и патриціи въ это время не глядѣли на бракъ между родственниками, какъ на нѣчто ужасное; плебейскій общій бракъ исчезъ, но вслѣдствіе допущенія свободнаго одностороннаго развода ослабѣлъ и патриціанскій моноандрическій принципъ; женщина—плебеянка утратила въ значительной степени свое положеніе въ семьѣ, но и патриціанскій бракъ съ неограниченной властью мужа замѣнился бракомъ sine manu mariti; опека надъ женщинами сдѣлалась обязательной и для плебеевъ, но эта опека въ значительной мѣрѣ утратила свой прежній строгій характеръ. Такимъ образомъ, признанныя въ классическомъ римскомъ правѣ за болѣе близкими родственницами наслѣдственныя права ab intestato, образовались въ результатѣ столкновенія благопріятныхъ женщинамъ идей плебеевъ и антифеминистскихъ принциповъ патриціевъ.

А. Бѣликовъ.

Риккобоно. Римская теорія владѣнія и современная доктрина. Bull. dell' ist. di dir. romano, 1911, № 1—2.

Авторъ этой статьи даетъ схему римскаго классическаго ученія о владѣніи, сближаетъ его съ главными изъ новыхъ теорій и, стоя на почвѣ римскаго права, критикуетъ постановленія о владѣніи, содержащіяся въ B. G. B.

Въ новой литературѣ, говоритъ авторъ, во всѣхъ сочиненіяхъ, касающихся владѣнія, отражается борьба двухъ основныхъ теорій—субъективной (Савиньи) и объективной (Іеринга). Между тѣмъ, римская теорія владѣнія, на которую ссылаются оба—и Іерингъ, и Савиньи,—до сихъ поръ въ сущности неизвѣстна. Только очистивъ источники отъ интерполяцій, мы будемъ въ состояніи узнать ученіе классической юриспруденціи. При изученіи римскаго института владѣнія отправной точкой должна служить терминологія римскихъ юристовъ. Римскіе юристы говорятъ о possessio naturalis, possessio civilis и просто possessio (иначе possessio ad interdicta). Разсмотрѣніе источниковъ, очищенныхъ по возможности отъ интерполяцій, приводитъ къ убѣжденію, что подъ possessio naturalis разумѣлся матеріальный элементъ владѣнія, подъ possessio civilis—

владѣніе, основанное на causa, признанной цивильнымъ правомъ пригодной для пріобрѣтенія права собственности (такое владѣніе имѣетъ разнообразное значеніе въ цивильномъ правѣ), подъ possessio ad interdicta (или просто possessio)—фактическое отношеніе, сопровождаемое волей владѣть вещью свободно и исключительно (такое фактическое отношеніе защищено преторскимъ правомъ). Такимъ образомъ, римскому праву извѣстно два вида владѣнія: чисто фактическое, имѣвшее значеніе въ преторскомъ правѣ, и цивильное, признаваемое цивильнымъ правомъ (слѣдовательно, въ области владѣнія тоже проявляется основной дуализмъ римскаго права—противоположеніе цивильнаго и преторскаго права). Элементы, изъ которыхъ слагаются всѣ эти виды владѣнія, изображаются въ слѣдующихъ формулахъ: если матеріальный элементъ владѣнія означимъ чрезъ a, волю владѣть свободно и исключительно—чрезъ b, цивильную causa—чрезъ c, то получимъ:

possessio naturalis = a (только физическое отношеніе; нѣтъ воли владѣть исключительно; нѣтъ causa civilis);

possessio civilis = a+b+c (causa civilis—явленіе юридическое, а потому даетъ всему владѣльческому отношенію юридическій характеръ: напр., возможенъ переходъ по наслѣдству);

possessio ad interdicta = a+b (только фактическое отношеніе, слагающееся изъ матеріальнаго и духовнаго элементовъ; защита дается по соображеніямъ общественнаго порядка).

Однако, въ отступленіе отъ указанной формулы, преторское право давало иногда интердиктную защиту и при отсутствіи признака „b",—но только въ особо-уважительныхъ случаяхъ—при наличности достойной защиты causa detentionis. Аномаліей въ этихъ случаяхъ является то, что защита дается не по признаку „b" (воля владѣть исключительно), а по признаку „causae", при томъ causae не цивильной, а преторской—„causae detentionis" (всѣ институты, въ связи съ которыми стоитъ эта аномальная владѣльческая защита, имѣютъ преторское происхожденіе). Въ такихъ случаяхъ образуется двойное владѣніе—цивильное (напр. у залогодателя) и преторское (у залогодержателя). Наличность этого двойного владѣнія служитъ доказательствомъ неправильности теоріи Іеринга: если всякій обладатель есть possessor, поскольку положительное право не лишаетъ его защиты, то какъ объяснить *двойное* владѣніе при залогѣ?

Въ виду того, что признакъ „a+b" встрѣчается въ обоихъ видахъ владѣнія (разница только та, что въ преторскомъ владѣніи „a+b" составляетъ все, въ цивильномъ—только часть отношенія),—классическая юриспруденція выработала общую теорію, касающуюся фактической сто-

роны и преторскаго, и цивильнаго владѣнія, причемъ ученіе объ animus было разработано преимущественно школой Лабеона.

На основаніи установленной схемы авторъ разрѣшаетъ два главные спорные вопроса теоріи владѣнія—вопросъ о юридической природѣ владѣнія и вопросъ о значеніи владѣльческой воли. На первый вопросъ отвѣтъ дается двоякій: possessio ad interdicta есть фактъ, такъ какъ слагается только изъ фактическихъ элементовъ; possessio civilis—имѣетъ юридическій элементъ (causa), а потому есть сразу и фактъ, и право. Этой двойственностью объясняются извѣстныя слова Папиніана въ D. 4, 6, 19 и D. 41, 2, 49 § 1. По поводу двухъ противоположныхъ теорій—Савиньи и Іеринга—можно сказать, что онѣ вовсе не исключаютъ одна другую: субъективная теорія справедлива для интердиктнаго владѣнія, объективная—для цивильнаго; дѣйствительно, въ первомъ юридическія послѣдствія связаны съ элементомъ воли, отличающимъ possessio ad interdicta отъ possessio naturalis, во второмъ—съ основаніемъ (causa) владѣнія.

Изложенное классическое ученіе о владѣніи было запутано Юстиніаномъ, который оба владѣнія—цивильное и преторское—слилъ въ одно и сталъ называть „possessio civilis" всякое владѣніе, имѣющее какія-либо юридическія послѣдствія (въ томъ числѣ и интердикты). Въ новыхъ законодательствахъ замѣтно вліяніе обоихъ главныхъ направленій въ ученіи о владѣніи: въ то время, какъ болѣе старые кодексы отражаютъ римское ученіе объ animus possessionis, новое германское уложеніе не придаетъ значенія владѣльческой волѣ и стоитъ на почвѣ объективной теоріи. Какъ извѣстно, главнымъ отступленіемъ отъ римскихъ началъ въ ученіи о владѣніи является то правило B.G.B., согласно которому защищается и владѣлецъ, не имѣющій воли владѣть свободно и исключительно. Врядъ ли, говоритъ авторъ, принципъ, проведенный въ B G.B. и стирающій различіе между possessio и detentio, заслуживаетъ предпочтенія передъ римскимъ принципомъ. Авторъ полагаетъ, что отступить отъ римской теоріи слѣдовало только въ томъ случаѣ, если бы эта теорія не согласовалась съ требованіями жизни. Между тѣмъ несоотвѣтствія между римскимъ принципомъ и практическими потребностями доказать нельзя. Отступленія, къ которымъ прибѣгли сами римскіе юристы, не колеблютъ принципа въ его цѣломъ. Принципъ этотъ необходимъ, между прочимъ, потому, что безъ него невозможно построить теорію владѣнія черезъ представителя и теорію двойного владѣнія. Тотъ способъ, которымъ B.G.B. рѣшаетъ вопросъ о двойномъ владѣніи, автора не удовлетворяетъ: какимъ образомъ возможно такъ называемое „посредственное" владѣніе, если владѣніе есть „дѣйствительное господство" (безъ элемента воли)? Понятіе посредствен-

ваго владѣнія противорѣчитъ общему опредѣленію владѣнія, данному въ § 854. Далѣе, возможно представить цѣлый рядъ посредственныхъ владѣльцевъ, у которыхъ нѣтъ фактическаго господства надъ вещью; ихъ владѣніе поддерживается (при игнорированіи правомъ владѣльческой воли) исключительно обязательственной связью ихъ другъ съ другомъ. При такомъ положеніи защита владѣнія перестаетъ быть защитой фактическаго отношенія,—въ этомъ состоитъ рѣзкое различіе между B.G.B. и римскимъ правомъ, выдвигавшимъ на первый планъ фактическую сторону владѣнія и исключавшимъ изъ владѣльческаго процесса всякій вопросъ о правѣ.

А. Бѣликовъ.

Манентн. Къ ученію о прощеніи долга въ римскомъ правѣ. Экзегетическая замѣтка. Bull. dell' ist. di dir. rom. 1911. № 1—2.

Ученіе римскаго права и gemeines Recht о прощеніи долга, отразившееся въ новыхъ кодексахъ, основывается на томъ принципѣ, что для прощенія долга необходимъ *договоръ* между кредиторомъ и должникомъ. Въ этомъ ученіи капитальную роль играетъ текстъ Лабеона и Павла, помѣщенный въ Dig. 41, 3, fr. 91: на него безъ дальнѣйшихъ оговорокъ ссылаются ученики пандектнаго права при опредѣленіи прощенія долга какъ договора (см. Dernburg, Pand., II § 62 пр. 2, Windscheid § 357 пр. 4). Въ виду такого значенія этого фрагмента представляетъ интересъ небольшая (10 стр.) замѣтка Маненти, подчеркивающая нѣкоторыя до сихъ поръ остававшіяся въ тѣни стороны этого текста.

Текстъ содержитъ слова Лабеона и Павла. Лабеонъ прямо говоритъ, что освобожденіе должника невозможно безъ его согласія, Павелъ соглашается со словами Лабеона и въ то же время указываетъ обходный путь, коимъ достигается такое освобожденіе. Новые авторы выводятъ отсюда замѣчаніе о признаніи вышеупомянутаго принципа юристами *классической* эпохи (см. Fadda, corso uff. di. dir. rom. 1908—09. § 91). Маненти указываетъ, что *Павлу* приписывать признаніе такого принципа во всякомъ случаѣ нельзя: открывая обходный путь, Павелъ тѣмъ самымъ высказывается противъ требованія согласія должника. Возникаетъ вопросъ о томъ, насколько взгляды Лабеона и Павла противорѣчили другъ другу, т. е. должно ли заключить, что въ то время, какъ Лабеонъ считалъ согласіе должника необходимымъ, Павелъ не считалъ его таковымъ, или же у обоихъ этихъ юристовъ былъ одинаковый взглядъ относительно необходимости согласія должника. Маненти доказываетъ, что между Павломъ и Лабеономъ не было принципіальнаго разно-

гласія по этому вопросу, и что ни тотъ, ни другой не высказываютъ въ данномъ текстѣ принципа необходимости согласія должника при прощеніи долга. Попутно Маненти извлекаетъ изъ этого текста указанія на значеніе causa при стипуляціи и возбуждаетъ вопросъ о правильности инскрипціи фрагмента. Разсужденія автора замѣтки сводятся къ слѣдующему. Самый способъ выраженія, выбранный Павломъ (слово „immo", связывающее мнѣнія Лабеона и Павла), показываетъ, что принципіальнаго разногласія между ними быть не могло. Кажущееся разногласіе объясняется тѣмъ, что Лабеонъ имѣлъ въ виду случай obligatio verborum, (это доказывается анализомъ текста), для погашенія которой необходима acceptilatio, и спрашивалъ, можно ли совершить *acceptilatio* безъ участія должника. Такимъ образомъ смыслъ словъ Лабеона не тотъ, что вообще нельзя освободить должника безъ его согласія, а тотъ, что безъ согласія должника нельзя совершить *acceptilatio*, являющуюся нормальнымъ и прямымъ способомъ погашенія обязательства. Павелъ, будучи согласенъ относительно невозможности acceptilatio безъ участія должника, добавляетъ, что въ такомъ случаѣ можно обойтись безъ acceptilatio, прибѣгнувъ къ новирующей стипуляціи съ третьимъ лицомъ: благодаря этому старое обязательство погашается новаціей, а по новому обязательству взыскать тоже ничего нельзя, такъ какъ искъ парализуется черезъ exeptio doli (слѣдовательно, и второе обязательство теряетъ силу безъ acceptilatio). Такимъ образомъ, въ этомъ текстѣне содержится указанія на то, что римское право принципіально требовало согласія должника при прощеніи долга. Кромѣ того, изъ этого же текста видно, что causa stipulationis имѣла въ глазахъ римскихъ юристовъ большее значеніе, чѣмъ это обыкновенно думаютъ: дѣйствительно, exeptio doli, парализующая искъ противъ новаго должника, имѣетъ основаніемъ, по мнѣнію автора, не противное добрымъ нравамъ осуществленіе права, а *отсутствіе* права, на что указываетъ и самый способъ выраженія Павла „res peribit"; если же вторая стипуляція не порождаетъ иска, то это объясняется тѣмъ, что causa новирующей стипуляціи состоитъ въ полномъ погашеніи долга.

Разобравъ этотъ текстъ, Маненти сближаетъ его съ текстомъ D. 46, 4, fr. 23, говорящемъ тоже о погашеніи долга безъ acceptilatio, и полагаетъ, что оба эти текста взяты изъ одной книги Pithana Лабеона, а потому инскрипція одного изъ фрагментовъ должна быть исправлена.

А. Бѣликовъ.

М. Пампалони. Вопросы юстиніановскаго права. I. Взаимоотношеніе трехъ частей юстиніановской кодификаціи. Rivista Italiana, 1911, № 2—3.

Авторъ начинаетъ свои очерки юстиніановскаго права съ вопроса объ отношеніи codex repetitae praelectionis къ Институціямъ и Дигестамъ. Какъ извѣстно, вопросъ этотъ спорепъ: по взгляду однихъ (сюда принадлежатъ Савиньи, Виндшейдъ, Дернбургъ и др.) Кодексъ, Институціи и Дигесты составляютъ единое цѣлое, по мнѣнію другихъ (напр., Вехтера, Феррини)—Кодексъ есть позднѣйшій законъ, который отмѣняетъ въ соотвѣтствующихъ частяхъ постановленія Институцій и Дигестъ. Пампалони сопоставляетъ доводы тѣхъ и другихъ и высказываетъ собственныя соображенія, помогающія разрѣшить вопросъ. Въ пользу перваго взгляда приводится обыкновенно тотъ аргументъ, что кодексъ *перваго* изданія составляетъ одно цѣлое съ Дигестами и Институціями, какъ это видно изъ § 12—15 const. Tanta; нѣтъ основаній думать, что для кодекса второго изданія Юстиніанъ хотѣлъ иного отношенія,—подтвержденіемъ служитъ то обстоятельство, что const. Tanta воспринята въ составъ кодекса 534 года (C. 1, 17, 2).

Въ пользу второго взгляда говоритъ то обстоятельство, что кодексъ 534 года не тождественъ съ кодексомъ 529 года,—въ Codex repetitae praelectionis есть много новаго, это есть позднѣйшій сборникъ дѣйствующаго права, а потому долженъ относительно Институцій и Дигестъ разсматриваться какъ lex posterior, подобно Новелламъ.

Приступая къ разсмотрѣнію вопроса, Пампалони замѣчаетъ, что, съ одной стороны, можно думать, что если Юстиніанъ считалъ три первоначальныя части кодификаціи за единый законъ, то и новый кодексъ, изданный взамѣнъ стараго, долженъ составлять нераздѣльную часть всей кодификаціи; съ другой стороны, если Юстиніанъ хотѣлъ допустить отклоненіе отъ общаго принципа „lex posterior derogat priori", то онъ долженъ былъ ясно выразить свою волю объ этомъ (какъ это было сдѣлано въ const. Tanta по поводу Институцій, Дигестъ и перваго Кодекса). Можно ли видѣть такое ясное выраженіе по поводу второго Кодекса?

Авторъ разбираетъ вопросъ о томъ, насколько Codex repetitae praelectionis можетъ считаться новымъ Кодексомъ, и приходитъ къ заключенію, что это не новый Кодексъ, а заново переписанный Кодексъ 529 года. Дѣйствительно, const. Cordi ни въ заглавіи, ни въ текстѣ не называетъ этого Кодекса „новымъ", что особенно знаменательно въ сравненіи съ const. Haec (по поводу перваго изданія): тамъ говорится о составленіи *новаго* Кодекса. Если бы Юстиніанъ считалъ этотъ сборникъ за новый Кодексъ, то, при его склонности преувеличивать значеніе

своихъ трудовъ, надо было ожидать усиленнаго подчеркиванія этой новизны, Умолчаніе о „новомъ“ Кодексѣ объясняется тѣмъ, что въ 534 году былъ повторенъ съ измѣненіями Кодексъ 529 года. Этимъ объясняется помѣщеніе const. Haec и Summa въ началѣ Codex repetitae praelectionis. этимъ же объясняется то обстоятельство, что новая комиссія была назначена не торжественнымъ оффиціальнымъ указомъ. Сравненіе § 3 const. Cordi съ § 2 с. Haec и § 1 с. Summa показываетъ, что комиссіямъ, составлявшимъ оба изданія, были поставлены разныя задачи, причемъ ясно, что второе изданіе должно было быть согласовано съ Институціями и Дигестами (и что, слѣдовательно, цѣлью его было установленіе болѣе тѣсной связи между тремя сборниками). Если же все это такъ, то надо заключить, что воля Юстиніана объ отклоненіи отъ принципа „lex posterior derogat priori“ выражено достаточно ясно самымъ умолчаніемъ: если бы законодатель хотѣлъ, чтобы послѣ появленія второго изданія Кодекса отношеніе трехъ частей кодификаціи было иное, чѣмъ указано въ с. Tanta, онъ долженъ былъ бы это прямо обозначить, въ частности, долженъ былъ бы назвать второй Кодексъ *новымъ* законодательнымъ сборникомъ.

А. Бѣликовъ.

К. Неймейеръ. Основные принципы международнаго административнаго права.

K, Neumeyer. Grundlinien des internationalen Verwaltungsrechts. Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre. Jahrg. VII, Heft I (Sonderabdruck: Berlin 1911); см. также Le droit administratif international въ Revue générale de droit international public 1911. № 5, p. 492—499.

Общей чертой, объединяющей международное административное, уголовное и процессуальное право съ одной стороны и международное гражданское право съ другой стороны, является регулированіе компетенціи государствъ или въ публичныхъ, или въ гражданскихъ правоотношеніяхъ и нормированіе ихъ кооперацiи на основахъ ихъ компетенціи. Каждое государство, само опредѣляя свою сферу дѣйствія какъ внутри, такъ и внѣ своей территоріи, тѣмъ не менѣе считается съ сферой дѣйствія другихъ государствъ и тѣмъ самымъ принимаетъ то распредѣленіе компетенціи, какое устанавливается международнымъ правомъ. Здѣсь идетъ рѣчь не о томъ, каково само по себѣ то право, которое должно быть примѣнено въ данномъ конкретномъ случаѣ, а о томъ, какъ далеко про-

стирается власть каждаго изъ заинтересованныхъ въ данномъ дѣлѣ государствъ; границы этой власти и проводятся правовыми нормами и сообразно имъ примѣняется на практикѣ или отечественное, туземное, или же иностранное, чужое право; вообще правовыя нормы въ международныхъ отношеніяхъ опредѣляютъ не столько содержаніе даннаго института, сколько область примѣненія того или другого матеріальнаго правоположенія. Такимъ образомъ, напр., разрѣшаются вопросы о томъ, поскольку примѣнимы законы объ обязательномъ обученіи къ проживающимъ на территоріи мѣстнаго государства иностранцамъ, о печати—къ опубликованнымъ заграницей, но распространяемымъ внутри государства печатнымъ произведеніямъ, о союзахъ—къ учрежденіямъ, являющимся развѣтвленіемъ общества, имѣющаго свое законное мѣстопребываніе въ другомъ государствѣ и т. д.

Но, въ отличіе отъ гражданско-правовыхъ нормъ, нормы международнаго административнаго права имѣютъ характерную особенность, только имъ присущую, которая заключается въ господствѣ начала территоріальности; личный статутъ въ области административныхъ отношеній не примѣняется вовсе. Другое отличіе заключается въ томъ, что администраторъ не примѣняетъ иностранныхъ законовъ, а или требуетъ соблюденія мѣстнаго права или воздерживается вовсе отъ предписаній; международное общеніе налагаетъ на него лишь обязанность убѣдиться, не нарушаетъ ли онъ своимъ дѣйствіемъ правъ другихъ государствъ, и только, но оно не обязываетъ его приводить въ исполненіе законы иностранныхъ державъ.

Международное административное право лишь по своему источнику, но не по предмету отличается отъ внутренне-административнаго права данной страны; оно остается, не смотря на свое происхожденіе, правомъ каждаго изъ заинтересованныхъ государствъ въ отдѣльности, но не международнаго общенія въ цѣломъ. Въ этомъ отношеніи оно отлично отъ административныхъ договоровъ, устанавливающихъ для государствъ по ихъ взаимному соглашенію извѣстный комплексъ нормъ объ ихъ совмѣстномъ управленіи извѣстнымъ дѣломъ и налагающихъ на контрагентовъ обязанность привести эти нормы въ исполненіе; но эта вѣтвь международнаго права еще далеко не окрѣпла и пока еще нѣтъ независимой и суверенной международно-правовой администраціи; все сводится такимъ образомъ къ администраціи отдѣльныхъ государствъ.

Н. Голубевъ.

Ванъ-Эйсинга. Обязательный арбитражъ между государствами или обращеніе частныхъ лицъ къ международной юрисдикціи?

Arbitrage obligatoire entre États ou recours d'individus à une juridiction internationale? par le Jonkheer W. J. M. van Eysinga, prof. à Groningen. Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht. V Band, 5 und 6 Heft. S. 535—541.

Стараясь найти удобопріемлемую для всѣхъ формулу обязательнаго арбитража, вторая конференція мира сдѣлала значительный шагъ на пути разрѣшенія этого вопроса, допустивши возможность обращенія къ Международной Призовой Палатѣ со стороны подданныхъ нейтральнаго или воюющаго государства, недовольныхъ рѣшеніемъ призового суда государства, взявшаго призъ. Благодаря этому, споры о призахъ перестали быть принципіально распрями между державами, они могутъ рѣшаться безъ непосредственнаго участія правительствъ, которыя освобождаются вслѣдствіе того отъ всякихъ хлопотъ и заботъ по подобнымъ столкновеніямъ, довольно важнымъ и нерѣдко грозившимъ международному миру.

Это приводитъ къ мысли о возможности распространенія такого порядка разрѣшенія конфликтовъ и на другія категоріи международныхъ несогласій. Кромѣ призовыхъ дѣлъ есть не мало на практикѣ случаевъ, когда подданный одного государства обращается за помощью къ своему правительству вслѣдствіе незаконныхъ дѣйствій судебныхъ мѣстъ или же административныхъ учрежденій другой страны и когда это дѣло направляется къ окончательному разрѣшенію въ дипломатическомъ порядкѣ или въ порядкѣ междугосударственной третейской юстиціи, причемъ дѣло частнаго лица пріобрѣтаетъ характеръ международнаго публично-правового дѣла только благодаря вмѣшательству его отечественной державы, съ устраненіемъ котораго оно превращается въ такой же доступный для разбора высшимъ международнымъ судилищемъ искъ, какъ и дѣло о захватѣ приза. Такой исходъ дѣла невозможенъ лишь для споровъ, гдѣ затронуты права и интересы самого государства, какъ напр. споры о толкованіи трактатовъ и т. п., гдѣ сторонами въ дѣлѣ являются государства, но не индивиды; число подобныхъ споровъ значительно менѣе сравнительно съ числомъ споровъ первой категоріи.

Подчиненіе этихъ послѣднихъ въ возможно большемъ количествѣ непосредственно международной юстиціи избавило бы правительства отъ труда защищать притязанія частныхъ лицъ и отъ нарушенія добрыхъ взаимныхъ отношеній, которыя всегда портятся при появленіи подобныхъ недоразумѣній. Это возможно при наличности постояннаго трибунала, это необходимо для расширенія предѣловъ обязательнаго арбитража, которые

съуживаются, единственно благодаря нерасположенности правительствъ къ связыванію себя заранѣе обязательствами, хотя бы и по маловажнымъ вопросамъ международныхъ сношеній. Это нововведеніе придало бы частнымъ лицамъ характеръ сторонъ въ процессѣ по затрогивающимъ международный оборотъ дѣламъ гражданскимъ, уголовнымъ и административнымъ.

Для того, чтобы правительства охотнѣе согласились на новый порядокъ обращенія къ международному суду, можно допустить къ представленію въ судъ лишь жалобы на низшія, но не на высшія мѣста и учрежденія каждой страны, подобно тому какъ по конвенціи 1868 года о плаваніи по Рейну предоставлено на выборъ заинтересованному лицу, недовольному приговоромъ низшихъ агентовъ власти, обращаться или въ высшія учрежденія страны или же къ международной центральной рѣчной комиссіи. Высшіе федеральные суды обыкновенно разрѣшаютъ въ союзныхъ государствахъ не только споры между членами федераціи, но и между одной изъ союзныхъ странъ и уроженцемъ другой страны; это же дѣленіе споровъ приложимо и къ предметамъ международнаго третейскаго разбирательства.

Н. Голубевъ.

Хроника.

Письма изъ Австріи.

I. Законодательная дѣятельность въ Австріи въ 1911 г.

Въ моемъ прошлогоднемъ отчетѣ, помѣщенномъ въ настоящемъ изданіи (Юрид. Зап. 1911 стр. 196 и слѣд.), объ австрійскомъ законодательствѣ за 1910 г., я долженъ былъ удостовѣрить, съ сожалѣніемъ что число законовъ, изданныхъ въ названномъ году, было до крайности незначительно. Все же тогда я могъ, по крайней мѣрѣ, указать, съ чувствомъ нѣкотораго удовлетворенія, на послѣдовавшее въ томъ году изданіе весьма важнаго закона, а именно закона (10 января 1910 г.) «о торговыхъ помощникахъ».

Давая отчетъ за 1911 г., я лишенъ и такого удовольствія. Истекшій 1911-ый годъ приходится отнести къ самымъ скуднымъ годамъ по законодательнымъ результатамъ.

Причиною такого, безъ сомнѣнія, мало утѣшительнаго явленія слѣдуетъ признать общія неблагопріятныя политическія условія, дѣлающія невозможною для законодательныхъ собраній всякую спокойную и плодотворную дѣятельность.

Политическія условія привели къ роспуску палаты депутатовъ рейхсрата, послѣдовавшему 30 марта 1911 г., что вызвало полную остановку законодательной дѣятельности и уничтожило результаты начатой, но еще не законченной, законодательной работы. Палата депутатовъ новаго состава, послѣ кратковременной лѣтней сессіи 1911 г., собралась только 5 октября 1911 г. но вся сессія ушла на дебаты о дороговизнѣ и на обсужденіе различныхъ, большею частью мало дѣйствительныхъ, мѣропріятій по устраненію этого общественнаго бѣдствія. На законодательную работу въ настоящемъ смыслѣ не осталось почти вовсе времени, что и отразилось на ея результатахъ.

1. Приходится съ сожалѣніемъ удостовѣрить, что въ области гражданскаго права не было издано ни одного закона. Вопросъ о реформѣ обще-гражданскаго Уложенія остается въ томъ же положеніи, о которомъ мною было вкратцѣ сообщено въ прошлогоднемъ отчетѣ (Юрид. Зап. стр. 197, 198). Положеніе это стало, даже хуже вслѣдствіе вышеупомянутаго роспуска палаты депутатовъ, потому что теперь всю работу нужно начинать съизнова и, что важнѣе, сейчасъ остается невыясненнымъ вопросъ, какъ приступить къ работамъ. Въ этомъ отношеніи надлежитъ упомянуть, что самъ родоначальникъ идеи «о мозаичномъ, по кусочкамъ, исправленіи гражданскаго уложенія» предсѣдатель Имперскаго Суда, знаменитый юристъ Унгеръ повидимому не одобряетъ въ настоящее время плана о возложеніи всей подготовительной работы на особую спеціальную комиссію. Въ прошломъ году Унгеръ въ Neue Freie Presse заявилъ, что выработка закона во всѣхъ случаяхъ должна быть сосредоточена въ рукахъ одного лица, потому что тогда только законъ будетъ проникнутъ однимъ духомъ и представитъ одно слитное цѣлое, и тогда только будутъ достигнуты единство содержанія и однообразіе терминологіи закона.

Подобную же мысль отстаиваетъ и другой членъ комиссіи по пересмотру Уложенія, знаменитый чешскій юристъ и бывшій министръ Ранда.

Въ спеціальномъ юридическомъ журналѣ, выходящемъ на чешскомъ языкѣ («Právnik» 1911 стр. 215 и слѣд.), въ статьѣ «о пересмотрѣ австрійскаго гражданскаго уложенія», Ранда приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ.

По образцу столь успѣшно работавшей законодательной комиссіи 18 и 19-аго ст., должна быть образована комиссія изъ 3—5 членовъ, исключительнымъ занятіемъ которой долженъ быть предположенный пересмотръ гражданскаго уложенія. Членами комиссіи должны быть назначены молодые, не только научно-подготовленные, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, хорошо знакомые съ практикою юристы. Во все продолженіе работъ комиссіи они должны быть освобождены отъ всякихъ другихъ занятій, кромѣ пересмотра уложенія. Двое, или даже одинъ, изъ членовъ комиссіи должны быть назначены докладчиками и выработанные ими проекты должны вноситься на просмотръ комиссіи. Вся работа, затѣмъ, имѣетъ быть предложена на заключеніе особаго комитета, въ составъ котораго должны

войти не только юристы практики, но также представители земледѣльческихъ, промышленныхъ и торговыхъ классовъ, въ качествѣ свѣдущихъ людей. Только послѣ этого проектъ вносится въ парламентъ.

На указанный планъ работъ, предложенный знаменитымъ ученымъ юристомъ, специальная пресса обратила особенное вниманіе и можно сказать, что планъ Ранда не встрѣтилъ возраженій; напротивъ, число голосовъ въ пользу предположеннаго имъ плана возрастаетъ, что вполнѣ понятно, такъ какъ порядокъ, котораго придерживались до сихъ поръ, не обѣщаетъ скораго окончанія задуманнаго и столь необходимаго пересмотра гражданскаго уложенія.

Съ полнымъ основаніемъ подчеркиваютъ, что гражданское уложеніе не имѣетъ никакого отношенія къ политикѣ дня и что, поэтому, пересмотръ гражданскаго уложенія всего соотвѣтственнѣе поручить корпораціи независимой, удаленной отъ политики и достаточно подготовленной къ такого рода работѣ.

Правительство, повидимому, придерживается иной точки зрѣнія. Оно прямо не высказалось по поводу предложенія Ранда, но надо думать, что оно относится къ предложенію отрицательно. Объ этомъ можно заключить изъ того факта, что сейчасъ же послѣ открытія законодательной сесссіи осенью 1911 г. правительство вновь внесло въ палату господъ проектъ дополненій и измѣненій нѣкоторыхъ опредѣленій общаго гражданскаго уложенія.

Внесеный правительствомъ новый законопроектъ ничѣмъ существенно не отличается отъ прежнихъ и касается тѣхъ же самыхъ частей уложенія, которыя мною были указаны въ предыдущемъ обзорѣ (Юрид. Зап. 1911 стр. 197 и слѣд.).

Правительство не приняло въ соображеніе даже заключеній подкомиссіи, опубликованныхъ въ 1909 г., оправдывая это тѣмъ, что переработка правительственныхъ законопроектовъ задержала бы дальнѣйшее обсужденіе, внесеніе же въ неизмѣнномъ видѣ прежняго законопроекта даетъ само собою возможность связать дальнѣйшія пренія съ прежними заключеніями.

Нельзя предсказывать сейчасъ, какая участь ожидаетъ этотъ новый правительственный законопроектъ. Исторія работъ по пересмотру гражданскаго уложенія не даетъ основанія надѣяться на скорое благополучное завершеніе пересмотра.

До тѣхъ поръ, пока самыя подготовительныя работы, какъ то образованіе комиссій и предварительное обсужденіе въ комиссіяхъ обѣихъ палатъ, связаны съ судьбою законодательнаго собранія (именно палаты депутатовъ), проведеніе реформы остается подъ сомнѣніемъ, какъ о томъ свидѣтельствуетъ весь предшествующій опытъ. Напомнимъ, какъ шло дѣло. На основаніи Высочайшаго повелѣнія 11 декабря 1907 г. правительство внесло въ палату господъ первый проектъ измѣненія и дополненія нѣкоторыхъ постановленій общаго гражданскаго уложенія (XVIII сессія); палата господъ передала проектъ въ юридическую комиссію, которая избрала для обсужденія проекта подкомиссію.

Пока въ подкомиссіи происходило первое чтеніе законопроекта XVIII сессія была закрыта.

Въ XIX сессію проектъ въ неизмѣненномъ видѣ былъ внесенъ въ палату господъ и съ закрытіемъ названной XIX сессіи къ началу XX сессіи повторилось то же самое. Подкомиссія юридической комиссіи, избранная въ XIX и въ XX сессію и продолжавшая свои работы на прежнихъ основаніяхъ, въ іюлѣ 1909 г. опубликовала свои заключенія, принятыя ею въ первомъ чтеніи, и затѣмъ подвергла проектъ новому разсмотрѣнію съ принятіемъ въ соображеніе мнѣній и пожеланій, высказанныхъ по поводу опубликованныхъ заключеній.

Прежде, чѣмъ закончено было послѣднее чтеніе законопроекта въ подкомиссіи, послѣдовалъ роспускъ палаты депутатовъ рейхстрата (въ концѣ марта 1911 г.) и сессія, поэтому, опять закончилась. Опять все дѣло надо начинать сначала.

Возможно ли при этихъ условіяхъ надѣяться, что работа по пересмотру уложенія когда либо прійдетъ къ окончанію! Я не берусь этого утверждать и казалось бы, поэтому, что правительству слѣдовало бы принять вышеуказанное предложеніе Ранда. Чѣмъ ранѣе правительство это сдѣлаетъ, тѣмъ будетъ лучше для скорѣйшаго осуществленія реформы.

Въ связи съ реформою гражданскаго уложенія слѣдуетъ упомянуть о чествованіи юбилея этого кодекса. О подготовленіяхъ къ чествованію, имѣвшему мѣсто 1 іюня 1911 г., я уже говорилъ годъ тому назадъ въ Юрид. Зап. (1911 г. стр. 196). 1-го іюня состоялось торжественное засѣданіе въ залѣ палаты депутатовъ въ Вѣнѣ. Въ засѣданіи приняли участіе представители правительства, университетовъ, почти всѣ профессора

обще-австрійскаго гражданскаго права, представители адвокатуры и нотаріата.

Какъ водится въ такихъ случаяхъ, читались рѣчи въ честь гражданскаго уложенія и посвященной ему литературы. Нельзя воздержаться отъ слѣдующаго замѣчанія. Ни одинъ изъ ораторовъ не упомянулъ, что не нѣмецкія націи внесли значительный вкладъ въ разработку литературы австрійскаго гражданскаго права, хотя ни для кого не тайна, что во все продолженіе столѣтія съ усердіемъ и значительнымъ успѣхомъ на этомъ поприщѣ работали италіанскіе, польскіе и чешскіе юристы.

Въ особенности, для устраненія недоразумѣній нелишне напомнить, что Ранда, одинъ изъ выдающихся австрійскихъ цивилистовъ, чехъ, хотя многія его сочиненія писаны на нѣмецкомъ языкѣ.

Его постигла участь которую приходится испытывать ученымъ, не принадлежащимъ къ господствующей въ странѣ національности. Для того, чтобы обезпечить своимъ работамъ болѣе обширный кругъ читателей и обратить на себя вниманіе, такому ученому приходится издавать свои сочиненія не только на родномъ, но также и на болѣе распространенномъ языкѣ, какимъ въ Австріи является языкъ нѣмецкій. При этихъ условіяхъ онъ рискуетъ, что его работы будутъ сочтены за произведеніями нѣмецкой литературы и нѣмецкаго духа.

Столѣтній юбилей австрійскаго гражданскаго уложенія былъ ознаменованъ и рядомъ литературныхъ работъ, посвященныхъ этому событію.

Вышло двухтомное сочиненіе подъ заглавіемъ: «Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. burg Gesetzbuches 1 Juni 1911».

Первый томъ посвященъ историческимъ работамъ, второй—содержитъ свыше 30 изслѣдованій, относящихся до всѣхъ отдѣловъ гражданскаго уложенія и принадлежащихъ перу, какъ теоретиковъ, такъ и юристовъ-практиковъ. Въ немъ 995 страницъ. И въ этомъ трудѣ приняли участіе юристы не одной нѣмецкой національности, но и другихъ національностей, въ томъ числѣ, въ особенности, профессора не нѣмецкихъ университетовъ.

Редакція издающагося въ Прагѣ юридическаго журнала «Právnik», который, замѣтимъ кстати, въ іюнѣ 1911 г. праздновалъ свой пятидесятилѣтній юбилей, выпустила особою кни-

гою, подъ заглавіемъ «Sbornik článků vztahujících se k stemu výročí vseobecneho zákonníka obcanskeho» собраніе статей, напечатанныхъ въ журналѣ въ продолженіи 1911 г. по случаю юбилея гражданскаго уложенія.

II. Возвращаясь къ отчету о законодательной дѣятельности за 1911 годъ, я долженъ удостовѣрить, что эта дѣятельность была безрезультатна не только въ области матеріальнаго гражданскаго права, но также и въ области процессуальнаго права. Къ послѣдней области, пожалуй, можно отнести законъ 28 декабря 1911 г., которымъ продолжено до 31 декабря 1912 г. дѣйствіе закона 30 августа 1891 г. о консульской юрисдикціи. Далѣе, законъ того же числа, которымъ продолжено также до 31 декабря 1912 г. дѣйствіе закона 3 іюня 1901 г. о назначеніи остатковъ, которыми располагаютъ сиротскія кассы. Въ видѣ поясненія нужно указать, что въ нѣкоторыхъ австрійскихъ земляхъ (а именно, въ Богеміи, Моравіи, Силезіи, Верхней, и Нижней Австріи, Зальцбургѣ, Галиціи) имѣются особыя сиротскія кассы, въ которыхъ сосредоточено управленіе, подъ руководствомъ и надзоромъ опекунскихъ судовъ, деньгами и процентными бумагами, принадлежащими сиротамъ. Такъ какъ въ кассахъ накопляются значительные остатки, то вышеупомянутымъ закономъ 3 іюня 1901 г. было предписано, передать эти остатки землямъ, гдѣ находятся кассы. Земли могутъ расходовать полученныя суммы на призрѣніе и воспитаніе бѣдныхъ сиротъ до 18-ти лѣтняго возраста, а также безпріютныхъ и покинутыхъ дѣтей, причемъ, обращено особенное вниманіе на призрѣніе дѣтей, оставшихся послѣ погибшихъ на войнѣ. Этотъ законъ 1901 г. изданъ на срокъ до конца 1911 г., а теперь упомянутымъ закономъ срокъ этотъ продолженъ до конца 1912 г.

Къ самому концу года обѣими палатами рейхсрата были приняты нѣкоторые важные въ юридическомъ отношеніи государственные договоры. Таковы, заключенные съ Болгаріею и съ Сербіею договоры о консульствахъ и о взаимной юридической помощи, а также заключенный съ Сербіею договоръ о защитѣ оставленныхъ имуществъ, объ опекѣ, объ удостовѣреніи актовъ и объ актахъ состоянія и, наконецъ, о выдачѣ преступниковъ. Договоры, заключенные съ Сербіею, были обнародованы въ указателѣ имперскихъ законовъ лишь 28 января 1912 г.

III. Въ истекшемъ году правительствомъ былъ изданъ рядъ указовъ (Verordnungen) по предметамъ права.

Изъ этихъ указовъ заслуживаютъ вниманія: указъ министра юстиціи отъ 12 мая 1911 г. о предварительномъ судопроизводствѣ по дѣламъ брачнымъ. Судопроизводство по дѣламъ брачнымъ въ Австріи (дѣла о разводѣ, о разлученіи супруговъ и о недѣйствительности брака) регулируется не правилами устава гражд. суд. 1895 г., но Высочайшимъ повелѣніемъ, (Hofdecret), изданнымъ еще въ 1819 г. Для опредѣленія, какія изъ постановленій названнаго Высочайшаго повелѣнія, и послѣ изданія устава гражд. суд., остались въ силѣ и подлежатъ примѣненію, примѣнительно къ правиламъ устава, въ 1897 г. 9 дек. министерствомъ юстиціи былъ изданъ разъяснительный указъ.

Въ этомъ указѣ, между прочимъ, опредѣлено, что по дѣламъ о недѣйствительности и расторженіи брака во всѣхъ случаяхъ должно имѣть мѣсто подготовительное производство, предусмотрѣнное въ ст. 245 уст. гражд. суд. Такое правило противорѣчитъ правилу ст. 245, пун. 2 уст. гражд. суд., такъ какъ по правилу, выраженному въ этомъ пун., подготовительное производство назначается тогда только, когда матеріалъ, подлежащій разсмотрѣнію суда, по своему объему и характеру долженъ быть приведенъ въ порядокъ и предварительно установленъ для ускоренія и упрощенія устнаго производства. Въ цѣляхъ устраненія такого несоотвѣтствія между указомъ 1897 г. и правиломъ уст. гражд. суд. новый указъ 12 мая 1911 г. постановляетъ, что по дѣламъ брачнымъ подготовительное производство не обязательно и можетъ быть назначено судомъ только при наличности условій, указанныхъ въ ст. 245 уст. гражд. суд.

По соглашенію съ министерствомъ внутрен. дѣлъ министерство юстиціи 30 іюня 1911 г. издало указъ о соблюденіи адвокатскими и нотаріальными канцеляріями воскресныхъ и праздничныхъ дней.

Много толковъ вызвалъ указъ мин. юст. 20 августа 1911 г. о допускаемыхъ судами неправильностяхъ при производствѣ гражданскихъ дѣлъ.

Въ виду того, что названный указъ обратилъ на себя вниманіе не только въ Австріи, но и за границею, скажу объ немъ вкратцѣ. Общепризнанные и значительные успѣхи, до-

стигнутые австрійскимъ гражданскимъ процессомъ, должны быть приписаны не только достоинствамъ самаго закона, но въ той же мѣрѣ и практическому его примѣненію, тому обстоятельству, что практика съ самаго начала проникласъ духомъ новаго закона и стремленіемъ проведенія въ жизнь выраженныхъ въ немъ началъ. Велика заслуга въ этомъ отношеніи творца новыхъ процессуальныхъ законовъ, Франца Клейна, тогдашняго министра юстиціи, который въ этомъ званіи много потрудился для обезпеченія надлежащаго осуществленія реформы. Прошло много лѣтъ со времени вступленія въ силу новыхъ процессуальныхъ законовъ (1-го января 1898 г.) и примѣненіе ихъ въ первой инстанціи очутилось въ рукахъ молодыхъ судей, которые подчасъ уклоняются отъ одушевлявшаго ихъ предшественниковъ стремленія дѣйствовать и направлять процессъ согласно духу закона.

Не послѣднюю роль въ этомъ случаѣ играетъ то обстоятельство, что прежніе судьи на себѣ самихъ испытали всѣ недостатки прежняго процесса, и, потому, умѣли цѣнить преимущества новыхъ процессуальныхъ законовъ и прилагали всѣ старанія, чтобы эти преимущества получили осуществленіе на практикѣ. У молодыхъ судей нѣтъ этого опыта и имъ чужды побужденія, руководившія судьями прежняго времени. Этимъ объясняется допущеніе новыми судьями нѣкоторыхъ уклоненій отъ закона, на которыя и указало министерство юстиціи въ названномъ указѣ.

Въ практикѣ судовъ наблюдается отсутствіе твердости въ дѣлѣ назначенія отсрочекъ судебныхъ сроковъ и судебныхъ засѣданій, ими въ недостаточной мѣрѣ цѣнится принципъ непосредственности производства и провѣрка доказательствъ часто поручается другому судьѣ, хотя таковая могла бы быть выполнена безъ излишнихъ издержекъ судьею, постановляющимъ рѣшеніе. Въ нѣкоторыхъ судахъ въ настоящее время замѣчается злоупотребленіе письменностью, суды не только не противодѣйствуютъ накопленію бумагъ, но даже поощряютъ представленіе въ судъ многочисленныхъ и пространныхъ бумагъ для облегченія составленія протоколовъ судебнаго засѣданія.

Бумаги, представляемыя въ судъ, становятся чрезвычайно объемистыми, содержатъ, въ нарушеніе требованія закона, подробныя юридическія разсужденія и критическія выкладки въ опроверженіе разсужденій и доводовъ противной стороны, часто

онѣ представляются на столько поздно, что не достигаютъ своей цѣли, и не служатъ выясненію дѣла. При производствѣ дѣлъ въ окружныхъ судахъ многіе судьи благосклонно относятся къ обмѣну бумагъ, послѣдній производится по распоряженію суда и помимо случаевъ, когда онъ допускается по закону [1]) и даже послѣ начала устнаго производства.

Министерство юстиціи рекомендуетъ судамъ, практика которыхъ въ указанныхъ отношеніяхъ находится въ противорѣчіи съ буквою и съ духомъ закона, слѣдовать примѣру тѣхъ многочисленныхъ судовъ, которые и при усложнившихся отношеніяхъ сумѣли сохранить ненарушимыми безспорныя преимущества австрійскаго процесса твердымъ направленіемъ процесса, строгимъ соблюденіемъ принципа концентраціи производства и заботливымъ обереганіемъ принципа непосредственности.

Одновременно съ этимъ, министерство высказываетъ надежду, что апеляціонныя инстанціи и органы судебнаго управленія будутъ всячески противодѣйствовать допущенію процессуальныхъ неправильностей.

Какъ было отмѣчено, приведенный указъ вызвалъ много толковъ. Судьи остались недовольны тѣмъ, что имъ открыто было поставлено на видъ ненадлежащее примѣненіе закона, адвокатура, съ своей стороны, обрушилась на то, что министерство указало судамъ на необходимость сокращенія письменности. Впрочемъ, не было недостатка и въ отзывахъ, сочувственныхъ министерскому указу.

Я полагаю, что такіе отзывы совершенно правильны. Нельзя отрицать права министерства вмѣшаться въ дѣло и нельзя не признать, что тѣ упущенія которыя поставлены на видъ судамъ, весьма серіозны, и что необходимо было принять мѣры, чтобы они не могли получить дальнѣйшаго распространенія и уничтожить всѣ преимущества процессуальнаго закона. Ненадлежащее примѣненіе закона на практикѣ представляетъ собою большую опасность для самаго совершеннаго закона.

IV. Изъ другихъ законовъ, появившихся въ истекшемъ

---

[1]) Въ производствѣ окружныхъ судовъ, по силѣ ст. 440 и 245 уст. гр. суд. предварительный обмѣнъ бумагъ между сторонами допускается, когда требуется повѣрка правильности расчетовъ, или дѣло касается раздѣла имущества или въ другихъ подобнаго рода случаяхъ, когда разсмотрѣнію суда подлежатъ сложныя отношенія.

году, заслуживаютъ быть отмѣченными нѣкоторые законы изъ соціально-политической области.

Въ моемъ прошлогоднемъ отчетѣ (Юрид. Зап. 1911, стр. 200) я указывалъ уже на законъ 22 декабря 1910 г. объ образованіи жилищнаго фонда. Названный фондъ предназначенъ для выдачи ссудъ подъ строенія съ мелкими квартирами, въ размѣрѣ 50 до 90% ихъ стоимости.

Законъ о жилищномъ фондѣ въ 1911 г. былъ во многихъ отношеніяхъ дополненъ. При указѣ 17 іюня 1911 г. былъ обнародованъ «Статутъ государственнаго вспомогательнаго фонда для устройства мелкихъ квартиръ», а 18 августа 1911 г. послѣдовало изданіе указа объ образованіи жилищныхъ комиссій, на которыя возложено: собираніе свѣдѣній о жилищныхъ условіяхъ на мѣстахъ и дача заключеній по дѣламъ о ссудахъ, возбуждаемыхъ по инціативѣ самихъ комиссій или по ходатайствамъ частныхъ лицъ..

Законъ 28 декабря 1911 г. № 242 содержитъ правила о податныхъ льготахъ для новыхъ построекъ, достроекъ и перестроекъ вообще и въ особенности для предназначенныхъ подъ мелкія квартиры.

Строеніями подъ мелкія квартиры признаются такія строенія, въ которыхъ изъ всей площади, отведенной подъ жилища и промышленныя либо торговыя заведенія, $^{2}/_{3}$ отведена подъ мелкія жилища. Мелкими квартирами считаются обособленныя помѣщенія съ площадью, не превышающею 80 квадр. метровъ.

Другимъ закономъ того же числа (№ 243) предоставляются податныя льготы обществамъ, образуемымъ для возведенія общеполезныхъ построекъ, наконецъ, закономъ того же числа въ государственный жилищный фондъ на 1911 и 1912 г.г. отчислено 2 милл. кронъ.

На выдачу срочныхъ авансовъ съ взиманіемъ процентовъ строительнымъ обществомъ ассигновано 2 мил. кронъ съ распредѣленіемъ ихъ на 1912 до 1915 г. Приведенные законы имѣютъ своею цѣлью устранить господствующую жилищную нужду.

Къ серіи соціальныхъ законовъ относится и законъ 21 февраля 1911 г. о воспрещеніи ночныхъ работъ женщинъ въ промышленныхъ предпріятіяхъ. Воспрещеніе распространяется на всѣ промышленныя предпріятія съ числомъ рабочихъ болѣе 10 и касается всѣхъ лицъ женскаго пола независимо отъ ихъ возраста.

Ночнымъ временемъ считается время отъ 8 часовъ вечера до 5 часовъ утра.

Къ тому же предмету относится и международное соглашеніе 26 сентября 1906 г., обнародованное въ Австріи только 13 апрѣля 1911 г. Къ этому международному соглашенію примкнули всѣ европейскія государства, за исключеніемъ Россіи, Румыніи и Балканскихъ государствъ.

Законъ 26 декабря 1911 г. № 237 касается труда дѣтей, женщинъ и дѣвицъ въ горномъ промыслѣ, измѣняя и дополняя старый законъ 1884 г. Дѣтямъ моложе 14 лѣтъ воспрещены работы на горныхъ заводахъ. Лицамъ женскаго пола разрѣшаются работы только на поверхности и, притомъ, только дневныя работы (съ 8 ч. вечера до 5 ч. утра).

Роженицы допускаются на работы только послѣ 6 недѣль послѣ разрѣшенія отъ бремени.

V. Такимъ образомъ результаты законодательной дѣятельной дѣятельности въ Австріи въ 1911 г. крайне скудны. При этихъ условіяхъ вполнѣ понятно, что скопляются все новые и новые вопросы и явленія, настоятельно требующія законодательнаго разрѣшенія. Этимъ объясняется, что только что созванному рейхсрату (осенью 1911 г.) предложено изрядное количество новыхъ законопроектовъ. Многіе изъ этихъ законопроектовъ весьма настоятельны и затрогиваютъ значительное число важныхъ вопросовъ.

Изъ правительственныхъ законопроектовъ, кромѣ указаннаго выше законопроекта о реформѣ гражданскаго уложенія, заслуживаютъ вниманія: два законопроекта, относящіеся до реформы процесса, о которыхъ мною было сообщено уже въ настоящемъ изданіи (Юрид. Зап. 1911 г. 490—498) и которые, какъ мною и было предусмотрѣно, вновь внесены на разсмотрѣніе рейхсрата; далѣе, законопроектъ о договорѣ страхованія; законопроектъ объ измѣненіи нѣкоторыхъ опредѣленій уголовнаго судопроизводства; законопроектъ объ обезпеченіи требованій, вытекающихъ изъ строительнаго договора; законопроектъ о снятіи опеки; законопроектъ о товариществахъ; законопроектъ о служебныхъ правахъ чиновниковъ судебнаго вѣдомства и введеніи новаго положенія объ адвокатурѣ, нотаріальнаго положенія и многіе другіе. Къ этому долженъ присоединиться еще проектъ новаго уголовнаго кодекса.

Такъ какъ новому, созванному 5 марта, рейхсрату предстоитъ заняться прежде всего вопросами финансовыми и военными, то невозможно сказать сколько у него останется времени для настоящей законодательной работы и будетъ ли новый годъ въ этомъ отношеніи плодотворнѣе, чѣмъ истекшій годъ.

Во всякомъ случаѣ желательно было бы, чтобы новый годъ далъ больше, чѣмъ годъ истекшій.

II. Новый венгерскій уставъ гражданскаго судопроизводства.

Остающееся донынѣ въ дѣйствіи въ Венгріи гражданско-процессуальное право основано на принципахъ устарѣвшихъ, отъ которыхъ большинство государствъ давно отказалось, хотя слѣдуетъ отмѣтить, что законъ, регулирующій гражданскій процессъ въ Венгріи, относится къ 1868 г., слѣдовательно, къ такому времени, когда всѣ отрицательныя стороны устарѣвшихъ принциповъ уже хорошо сознавались. Эти отрицательныя стороны не замедлили обнаружиться и въ Венгріи, что вызвало попытки, направленныя къ ихъ устраненію. Въ 1881 г. была издана новелла, которая, однако, не внесла собою значительнаго улучшенія, вслѣдствіе чего, вскорѣ, въ 1893 г. понадобилась опять реформа, при которой, правда, приняты были во вниманіе принципы современнаго гражданско-процессуальнаго права, но которая, какъ относившаяся только до производства въ участковыхъ судахъ, не могла улучшить производства въ судахъ коллегіальныхъ, въ которыхъ по прежнему остается въ силѣ письменное производство. Попытки дальнѣйшихъ реформъ, связанныя съ именемъ бывшаго министра юстиціи Плоса (Plosz), увѣнчались успѣхомъ только въ 1911 г. Статьею I закона этого года былъ обнародованъ новый уставъ гражданскаго судопроизводства, долженствующій замѣнить собою всѣ относящіяся до гражданскаго процесса узаконенія. Новый уставъ имѣетъ вступить въ дѣйствіе съ 1 января 1914 г.

Вполнѣ понятно, что венгерскій законодатель, при разработкѣ процессуальнаго права, взялъ за образецъ какъ австрійское, такъ и имперское германское процессуальное право, воспользовавшись, вмѣстѣ съ тѣмъ, и опытомъ, который полу-

чился при примѣненіи новеллы о сокращенномъ судопроизводствѣ, дѣйствующей въ самой Венгріи съ 1893 г. Вслѣдствіе этого, въ новомъ венгерскомъ уставѣ гражданскаго судопроизводства можно встрѣтить постановленія, прямо заимствованныя изъ австрійскаго и изъ германскаго имперскаго права, наряду съ постановленіями, которымъ нельзя отказать въ оригинальности. Можно спорить, на сколько венгерскому законодателю въ отдѣльныхъ случаяхъ удалось при заимствованіяхъ изъ австрійскаго и германскаго имперскаго законодательства сдѣлать надлежащій выборъ. Послѣднее слово въ этомъ вопросѣ должно быть оставлено за практикою, которая должна обнаружить, насколько жизнеспособенъ новый законъ. Въ настоящее время трудно высказать объ этомъ окончательное сужденіе. Во всякомъ случаѣ, на сколько сейчасъ видно, необходимо сказать, что новый венгерскій уставъ гражданскаго судопроизводства вноситъ много усовершенствованій по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ.

Въ настоящемъ очеркѣ имѣютъ быть изложены главнѣйшія постановленія новаго венгерскаго устава въ общихъ чертахъ, причемъ, въ этой статьѣ мы коснемся только основныхъ положеній и производства въ первой инстанціи до постановки рѣшенія, имѣя въ виду посвятить другую статью изложенію производства въ средней инстанціи, заочнаго производства, а также особыхъ видовъ производства.

I. *Судебная организація.* Общими судами являются: участковые суды, судебные дворы, королевскій столъ, королевская курія.

Участковымъ судамъ подсудны дѣла по имущественнымъ спорамъ (въ томъ числѣ дѣла о взысканіи по векселямъ и обратнымъ требованіямъ) до 2500 кронъ, а также дѣла независимо отъ цѣны, которыя, по своей простотѣ и неотложности, требуютъ быстраго разрѣшенія (дѣла, вытекающія изъ договора найма и аренды, по нарушенью владѣнія, по спорамъ о границахъ, изъ отношеній между работодателями и работопринимателями, по дѣламъ объ отвѣтственности за недостатки проданнаго животнаго, требованія изъ внѣбрачнаго сожительства, требованія алиментовъ женою, процессы между путешественниками и содержателями гостинницъ, помѣщеній для пріѣзжающихъ, извощиками и судохозяевами.

Къ вѣдомству королевскихъ судебныхъ дворовъ отнесены

всѣ дѣла, не отнесенныя къ вѣдомству участковыхъ судовъ. Слѣдуетъ отмѣтить, что законъ не разрѣшаетъ и по дѣламъ торговымъ привлеченія некороннаго элемента.

Королевскій столъ и королевская курія являются средними инстанціями. По дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ участковыхъ судахъ, апеляціонною инстанціею являются королевскіе судебные дворы, по дѣламъ, разсмотрѣннымъ послѣдними, въ качествѣ судовъ первой степени, апеляціонною инстанціею является королевскій столъ. Третьей (послѣдней) инстанціею по всѣмъ дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ королевскомъ столѣ, въ качествѣ второй инстанціи, во всѣхъ случаяхъ является королевская курія, по дѣламъ же, которыя разсматривались въ королевскомъ дворѣ, какъ во второй инстанціи, третьей инстанціею является либо королевская курія, именно, когда цѣна иска свыше 2500 кронъ, или когда дѣло, независимо отъ цѣны подлежитъ вѣдомству участковаго суда, либо королевскій столъ во всѣхъ прочихъ случаяхъ. Участковые суды функціонируютъ, какъ суды единоличные, прочіе суды, какъ суды коллегіальные. Королевскіе дворы дѣлятся на отдѣленія (сенаты) въ составѣ трехъ судей, королевскій столъ, какъ апеляціонная инстанція, состоитъ изъ отдѣленій, по 5 членовъ въ каждомъ, какъ кассаціонная (третья) инстанція изъ отдѣленій по 3 члена въ каждомъ, королевская курія состоитъ изъ отдѣленій по 5 судей въ каждомъ отдѣленіи.

II. Персональная подсудность по общему правилу опредѣляется мѣстомъ жительства отвѣтчика. Рядомъ съ этимъ основаніемъ подсудности существуютъ и другія основанія подсудности, по которымъ, по усмотрѣнію истца, можетъ быть предъявленъ искъ (напр., мѣсто занятій отвѣтчика, мѣстонахожденіе имущества, мѣсто исполненія договора, мѣсто временнаго пребыванія отвѣтчика, мѣсто, опредѣленное для платежа по векселю или чеку, мѣсто веденія внесенныхъ въ реестръ купцомъ торговыхъ книгъ, мѣсто управленія имуществомъ, мѣсто нахожденія адвокатской камеры въ дѣлахъ о пошлинахъ и издержкахъ по веденію дѣла, мѣсто правонарушенія). Пользованіе этими особенными основаніями подсудности поставлено въ законѣ въ зависимость отъ указанныхъ въ немъ условій. Существуютъ также исключительныя основанія подсудности, исключающія для опредѣленнаго рода дѣлъ примѣненіе общаго основанія подсудности по мѣсту жительства отвѣтчика, напримѣръ,

мѣсто нахожденія недвижимаго имущества по искамъ о правахъ на недвижимость, о раздѣлѣ, о нарушеніи владѣнія, о границахъ и т. п.

Въ отношеніи иностранныхъ подданныхъ примѣняется правило взаимности. Если въ извѣстномъ государствѣ для венгерскихъ подданныхъ установлена особенная подсудность, иная чѣмъ для природныхъ подданныхъ этого государства, то подданные такого государства въ Венгріи подлежатъ также особенной подсудности.

III. *Отношеніе къ иностраннымъ судамъ.* По общему правилу венгерскіе суды обязаны оказывать содѣйствіе судамъ иностраннымъ. Въ такомъ содѣйствіи должно быть отказано лишь въ томъ случаѣ, если то дѣйстіе, о совершеніи котораго проситъ другой судъ, воспрещено венгерскимъ закономъ или не можетъ быть совершено по почину суда. Въ отношеніи иностранныхъ судовъ соблюдается начало взаимости. Дѣйствіе, о совершеніи котораго проситъ иностранный судъ, можетъ быть совершено венгерскимъ судомъ съ соблюденіемъ формъ, предписываемыхъ иностраннымъ закономъ, если такія формы не воспрещены венгерскимъ закономъ. По скольку содѣйствіе судамъ иностраннымъ опредѣляется международными соглашеніями, означенныя соглашенія подлежатъ примѣненію. Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ вниманія гаагское соглашеніе 1905 г., опубликованное и удостоившееся ратификаціи въ Венгерскомъ королевствѣ въ 1909 г. Къ этому соглашенію, какъ извѣстно, примкнуло большинство европейскихъ государствъ.

Особенно важно въ вопросѣ объ отношеніи къ иностраннымъ судамъ опредѣленіе новаго венгерскаго устава, касающееся исполненія рѣшеній иностранныхъ судовъ.

Въ названномъ уставѣ постановлено, что рѣшенія равнымъ образомъ, какъ и другія опредѣленія иностранныхъ судовъ, не подлежатъ исполненію въ Венгріи: 1) когда рѣшеніе постановлено судомъ, которому, по венгерскому закону, дѣло неподсудно, или 2) когда дѣло рѣшено судомъ по такому основанію персональной подсудности, которое, по закону даннаго государства, не могло бы быть примѣнено къ его природному подданному.

Въ силу перваго изъ названныхъ положеній для того, чтобы рѣшеніе могло подлежать исполненію въ Венгріи недостаточно, чтобы дѣло вообще подлежало разрѣшенію иностран-

наго суда; нужно, чтобы оно было рѣшено компетентнымъ для даннаго рода дѣлъ судомъ. Второе положенiе отнимаетъ силу у всякаго рѣшенiя иностраннаго суда, которое постановлено съ примѣненiемъ принципа реторсiи. Вообще необходимо замѣтить, что венгерскiй уставъ гражданскаго судопроизводства неоднократно подтверждаетъ подсудность дѣлъ, въ которыхъ участвуютъ иностранные подданные, сознательно суживаетъ возможность вести дѣла въ иностранныхъ судахъ и ставитъ необычно строгiя требованiя для исполнимости рѣшенiй иностранныхъ судовъ, что естественно не можетъ способствовать облегченью международныхъ сношенiй. Всего чувствительнѣе этимъ затрогиваются интересы австрiйскаго правосудiя, потому что Венгрiя находится въ оживленныхъ гражданско-правныхъ сношенiяхъ съ Австрiею. Въ Австрiи раздаются, поэтому, голоса, настоятельно требующiе соотвѣтствующаго отношенiя со стороны австрiйскаго законодательства.

Къ чужеземцамъ относятся еще постановленiя о правѣ бѣдности, каковымъ правомъ иностранецъ можетъ пользоваться въ Венгрiи только при существованiи взаимности, а также опредѣленiе, что иностранецъ-истецъ обязанъ, по требованiю отвѣтчика, представить обезпеченiе въ уплатѣ судебныхъ издержекъ, за исключенiемъ, когда государство, подданнымъ котораго является истецъ, не требуетъ отъ венгерскихъ подданныхъ такого обезпеченiя или въ случаѣ признанiя за исцомъ права бѣдности. Эти постановленiя потерпѣли измѣненiя въ отношенiи многихъ государствъ въ силу упомянутаго гаагскаго соглашенiя.

Нужно еще замѣтить, что довѣренность, выданная заграницею, должна быть облечена въ форму публичнаго или узаконеннаго акта, причемъ, если довѣренность писана не на венгерскомъ языкѣ, къ ней долженъ быть приложенъ переводъ на венгерскомъ языкѣ.

Акты, составленные заграницей и имѣющiе полную доказательную силу публичныхъ актовъ по законамъ страны, въ которой они составлены, имѣютъ такую же доказательную силу, какъ и отечественные публичные акты. Публичные акты имѣютъ полную доказательную силу.

Если требуется производство по доказательствамъ заграницею, то сторонѣ, которая ссылается на доказательства, по ея требованiю можетъ быть предоставлено доставить порученiе

властямъ о собраніи доказательствъ, или сторона можетъ, и не прося о порученіи, представить о собраніи доказательствъ отвѣчающій законамъ страны публичный актъ. Въ этихъ случаяхъ сторонѣ дается срокъ для представленія требующихся актовъ.

Въ заключеніе нужно упомянуть, что производство по собранію доказательствъ, происходившее за границею, если оно дѣйствительно по венгерскому уставу, должно быть принято во вниманіе судомъ и тогда, когда по заграничному закону оно страдаетъ какими либо пороками.

IV. Постановленія венгерскаго устава, относящіяся до сторонъ въ процессѣ, соотвѣтствуютъ таковымъ въ уставахъ другихъ государствъ. Таковы постановленія о процессуальной правовой дѣеспособности, причемъ, слѣдуетъ отмѣтить, что по венгерскому уставу иностранецъ, процессуально недѣеспособный по закону своей страны, почитается процессуально дѣеспособнымъ, если онъ является таковымъ по венгерскому праву, съ допущеніемъ для него законнаго представительства, если таковое требуется по закону его государства; далѣе, постановленія о законномъ представительствѣ на судѣ, о субъективномъ соединеніи исковъ, о главномъ и побочномъ вступленіи въ дѣло, о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу. Нѣкоторыя изъ относящихся до этихъ предметовъ постановленія венгерскаго устава заслуживаютъ упоминанія, потому что ими разрѣшаются спорные вопросы австрійскаго и германскаго имперскаго права или потому что въ постановленіяхъ венгерскаго устава содержатъ интересныя отклоненія отъ этихъ образцовъ.

Такъ, напримѣръ, венгерскій уставъ опредѣляетъ, что при такъ называемомъ настоящемъ субъективномъ соединеніи исковъ послѣдствія процессуальныхъ дѣйствій товарищей, явившихся на судъ, распространяются и на неявившихся товарищей, присовокупляя, что это правило не относится до мировыхъ соглашеній, признаній и отказовъ. При наличности противорѣчивыхъ заявленій товарищей, по постановленію венгерскаго устава, судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обязанъ взвѣсить значеніе такого противорѣчія.

Слѣдуетъ обратить вниманіе, что главное вступленіе разсматривается въ отдѣлѣ «объ участіи третьихъ лицъ въ процессѣ», хотя при главномъ вступленіи имѣется отдѣльный самостоятельный процессъ и главное вступленіе такъ именно

и разсматривается въ уставѣ. Въ этомъ случаѣ венгерскій уставъ слѣпо слѣдовалъ германскому праву. Венгерскій уставъ безъ критики воспринялъ также извѣстное постановленіе § 75 германскаго устава, которое вызвало въ германской юридической литературѣ столько споровъ и которое такимъ выдающимся германскимъ процессуалистомъ, какъ Вахъ, признается «чудовищнымъ продуктомъ законодательной техники». Къ сожалѣнію венгерскій законодатель оставилъ спорный вопросъ, возбуждаемый § 75, безъ разрѣшенія.

Что касается до процессуальнаго представительства, то необходимо упомянуть, что въ венгерскомъ уставѣ, въ отличіе отъ уставовъ какъ отъ австрійскаго, такъ и германскаго, господствуетъ принципъ принудительнаго веденія дѣлъ чрезъ адвокатовъ. Стороны должны быть представлены адвокатами не только по дѣламъ, разсматриваемымъ въ королевскихъ дворахъ и въ высшихъ судахъ, но также и въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ въ участковыхъ судахъ, въ дѣлахъ вексельныхъ во всякомъ случаѣ, въ остальныхъ дѣлахъ, когда цѣна спорнаго предмета превышаетъ 1000 кронъ. Если сторона не желаетъ сама вести процесса по дѣлу, которое можетъ быть ведено самою стороною, то по общему правилу, представителемъ долженъ быть адвокатъ. Освобождаются отъ обязанности вести процессъ чрезъ представителей и по дѣламъ, для которыхъ установлено принудительное представительство, слѣдующія лица: судьи, прокуроры, королевскіе нотаріусы, профессора правъ, лица обладающія дипломами, дающими право быть судьею или адвокатомъ, доктора правъ. Эта льгота дается названной категоріи лицъ не только по ихъ собственнымъ дѣламъ, но и по дѣламъ ихъ малолѣтнихъ дѣтей, подопечныхъ, призрѣваемыхъ ими, а также ихъ женъ. Въ процессахъ, которые обязательно должны быть ведены адвокатами, стороны могутъ и помимо адвоката лично заключать мировыя сдѣлки, вполнѣ и въ части дѣлать признанія или отзывы.

Содержаніе и объемъ полномочія адвоката опредѣляется закономъ; въ отличіе отъ австрійскаго и германскаго права адвокатъ считается уполномоченнымъ также на полученіе присужденной суммы или вещи.

V. *Производство въ первой инстанціи.* Въ исковомъ прошеніи, которое въ коллегіальныхъ судахъ должно быть облечено въ письменную форму, въ участковыхъ же судахъ можетъ быть

заявлено съ занесеніемъ въ протоколъ, должно содержаться изложеніе обстоятельствъ, на которыхъ истецъ основываетъ искъ, равнымъ образомъ какъ и доказательствъ, подтверждающихъ изложенное въ прошеніи, но истецъ не связанъ изложеннымъ въ исковомъ прошеніи и, до вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ по иску, истецъ можетъ свободно измѣнить свои исковыя требованія, послѣ же вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ такое измѣненіе допускается лишь по стольку, по скольку этимъ не измѣняется самое право, о которомъ идетъ споръ, или если истецъ дастъ свое согласіе на измѣненіе.

Вступленіе отвѣтчика въ отвѣтъ выражается предъявленіемъ возраженій по существу исковаго требованія.

На основании искового прошенія въ коллегіальныхъ судахъ назначается срокъ для особаго предварительнаго разбирательства, цѣль котораго установить, дойдетъ ли дѣло до разбирательства по существу. Въ назначенный для предварительнаго разбирательства срокъ стороны приглашаются явиться въ судъ. Въ участковыхъ судахъ одновременно назначается и срокъ для разбирательства дѣла по существу.

Въ срокъ, назначенный для предварительнаго разбирательства, должно быть закончено разсмотрѣніе не только всѣхъ отводовъ, но и всѣхъ обстоятельствъ, могущихъ сдѣлать излишнимъ разбирательство дѣла по существу, какъ въ виду просрочки, признанія, отказа, такъ и состоявшагося мирового соглашенія. Если дѣло не будетъ закончено по одному изъ названныхъ основаній, или отводъ не будетъ уваженъ, то предварительное разбирательство завершается представленіемъ отвѣтчикомъ возраженій по существу. Послѣ этого въ судахъ коллегіальныхъ назначается срокъ для разбирательства дѣла по существу. Въ участковыхъ судахъ же по общему правилу непосредственно послѣ предварительнаго разбирательства слѣдуетъ разбирательство по существу.

Институтъ предварительнаго разбирательства заимствованъ венгерскимъ уставомъ изъ австрійскаго права, причемъ, однако венгерскій уставъ далъ этому институту своеобразное развитіе.

Можно привести слѣдующія выгоды установленія особаго разбирательства для предварительнаго выясненія, нужно ли разбирательство дѣла по существу. Прежде всего такое разбирательство не нуждается въ сложной подготовкѣ, поэтому, оно

можетъ быть назначено судомъ на ближайшій срокъ. Истецъ можетъ немедленно требовать постановленія заочнаго рѣшенія или дѣло можетъ быть безъ замедленія закончено вслѣдствіе признанія или мировагo соглашенія. Безъ замедленія могутъ быть разрѣшены вопросы по отводамъ, что должно удерживать отвѣтчика отъ предъявленія отводовъ съ исключительною цѣлью затянуть процессъ. Отвѣтчикъ вынужденъ задолго до разбирательства дѣла по существу нанять адвоката, что даетъ послѣднему возможность подготовиться къ веденію дѣла. Въ процессахъ, которые заканчиваются заочнымъ рѣшеніемъ, признаніемъ, мировымъ соглашеніемъ, или отказомъ, а также въ процессахъ, по которымъ отводъ признанъ уважительнымъ, вся подготовка къ разбирательству дѣла по существу становится излишнею, что весьма содѣйствуетъ ускоренію процессовъ. Съ момента вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ истецъ можетъ взять искъ обратно не иначе, какъ съ согласія отвѣтчика. При отсутствіи согласія отвѣтчика взятіе иска обратно разсматривается какъ пропускъ срока со стороны истца. Если истецъ заявляетъ отказъ отъ права, о присужденіи котораго онъ просилъ въ исковомъ прошеніи, то, по требованію отвѣтчика, можетъ быть постановлено заочное рѣшеніе. Взятое обратно исковое прошеніе истецъ можетъ предъявить вновь, но отвѣтчикъ вправѣ не вступать въ отвѣтъ по этому новому процессу до тѣхъ поръ, пока истецъ не уплатитъ ему издержекъ, къ возмѣщенію которыхъ истецъ присужденъ вслѣдствіе взятія имъ обратно перваго исковаго прошенія. Въ промежутокъ между законченнымъ предварительнымъ разбирательствомъ и разбирательствомъ по существу стороны должны подготовить послѣднее путемъ обмѣна бумагъ. Обмѣнъ состязательныхъ бумагъ производится передачею ихъ адвокатомъ одной стороны адвокату другой стороны безъ содѣйствія суда. Для участковыхъ судовъ эти правила не дѣйствуютъ.

О подготовкѣ дѣла къ слушанію должны заботиться не только стороны, но о ней обязанъ заботиться также и судъ. Судья производитъ вызовъ сторонъ, когда онѣ проживаютъ въ мѣстѣ нахожденія суда или въ предѣлахъ участка, подвѣдомственнаго тому участковому суду, который находится въ мѣстѣ нахожденія коллегіальнаго суда; по заявленію сторонъ судъ вызываетъ свидѣтелей, названныхъ поименно, и заботится о доставленіи въ судъ актовъ и вещественныхъ доказательствъ.

При разбирательствѣ дѣла въ судѣ дѣйствуютъ начала устности и публичности. Чтеніе бумагъ допускается въ случаяхъ, прямо въ законѣ указанныхъ, или когда ихъ буквальное содержаніе имѣетъ существенное для дѣла значеніе.

Въ связи съ этимъ, нужно упомянуть, что и при предварительномъ производствѣ дѣла соблюдается начало устности, прочтеніе исковаго прошенія, однако, не требуется, если истецъ заявляетъ, что онъ поддерживаетъ то, что изложено въ письменномъ прошеніи. Если истецъ желаетъ въ чемъ либо измѣнить изложенное въ исковомъ прошеніи, то онъ долженъ прочесть это измѣненіе изъ бумаги, подлежащей, затѣмъ, врученью суду, иначе измѣненіе не можетъ быть принято во вниманіе.

Точно также и отвѣтчикъ въ предварительномъ разбирательствѣ долженъ свои возраженія противъ иска, предъявленіе которыхъ, какъ сказано, и почитается вступленіемъ отвѣтчика въ дѣло, читать по бумагѣ, иначе его возраженія не пріемлются. Только въ участковыхъ судахъ допускается словесное предъявленіе возраженій.

Трудно понять основанія, по которымъ допущены приведенныя отступленія отъ начала устности.

Направленіе разбирательства дѣла въ формальномъ и матеріальномъ отношеніи — дѣло суда. Относящіяся постановленія согласованы съ постановленіями австрійскаго устава. Оригинальнымъ является постановленіе венгерскаго устава, по которому штрафу не выше 600 кронъ подвергается, кто заявляетъ о завѣдомо ложномъ обстоятельствѣ, имѣющемъ существенное значеніе для дѣла, или кто завѣдомо ложно отрицаетъ извѣстное отбстоятельство, или ссылается на завѣдомо неосновательное доказательство. Штрафу подвергается и представитель, если онъ не можетъ привести въ свое оправданіе даннаго стороною указанія. Этимъ имѣлось въ виду предотвратить недобросовѣстное веденіе процесса. Мѣра можетъ, однако, оказаться мало дѣйствительною въ отношеніи несостоятельныхъ лицъ, такъ какъ въ другомъ мѣстѣ законъ постановляетъ, что денежный штрафъ не можетъ быть замѣненъ арестомъ въ случаѣ несостоятельности того, на котораго штрафъ наложенъ.

Все разбирательство разсматривается какъ одно цѣлое и во все время, пока оно длится, до его заключенія, сторонами могутъ быть приводимы новыя обстоятельства и новыя дока-

зательства. Для того, чтобы противодѣйствовать злоупотребленіямъ, къ которымъ можетъ привести дарованіе сторонамъ столь широкаго права, венгерскій уставъ постановляетъ, что всѣ издержки, могущія произойти отъ опозданій, несетъ сторона, допустившая опозданіе. Требовать возмѣщенія этихъ издержекъ сторона не вправѣ, хотя бы она и выиграла процессъ. Кромѣ того, судъ имѣетъ право по собственному почину оставить безъ уваженія заявленія, сдѣланныя съ опозданіемъ, если они дѣлаются съ цѣлью затянуть процессъ. Оба эти постановленія венгерскаго устава согласованы съ постановленіями австрійскаго устава.

Въ другомъ и въ весьма важномъ отношеніи венгерскій уставъ отступилъ отъ австрійскаго права. Австрійское право не знаетъ отсрочекъ и продленія судебныхъ сроковъ по взаимному согласію сторонъ; по австрійскому праву и тѣ и другія допускаются только съ разрѣшенія суда и въ тѣхъ только случаяхъ, когда это вызывается настоятельною необходимостью. Эти постановленія укоренились въ австрійскомъ правѣ и содѣйствуютъ въ значительной степени ускоренію процесса. Венгерскій уставъ не воспринялъ такихъ постановленій и допускаетъ удлиненіе процесса по желанію сторонъ. Соглашеніе сторонъ объ этомъ должно быть заявлено суду не позже 8 дней до начала разбирательства. Венгерскій законодатель не побоялся, такимъ образомъ, создать положеніе, которое вызываетъ жалобы въ Германіи. Можно опасаться, что приведенное постановленіе воспрепятствуетъ проявленію благодѣтельныхъ результатовъ, ожидаемыхъ отъ реформы.

Послѣ начала разбирательства дѣла по существу можетъ быть открыто подготовительное производство для провѣрки счетовъ, сложныхъ имущественныхъ расчетовъ, когда по многочисленности подлежащихъ выясненію вопросовъ это представляется необходимымъ. Подготовительное производство возлагается на одного изъ членовъ-судей даннаго Отдѣленія суда. Означенный судья долженъ привести въ ясность спорные пункты путемъ выслушанія заявленій и возраженій, повѣрки доказательствъ, представленныхъ сторонами съ занесеніемъ всего этого въ протоколъ. Правило о принудительномъ представительствѣ чрезъ адвоката дѣйствуетъ и въ подготовительномъ разбирательствѣ. Основаніемъ устнаго судоговоренія служитъ протоколъ подготовительнаго разбирательства и въ

томъ случаѣ, если которая либо изъ сторонъ къ устному судоговоренію не явилась. Оставшееся незаявленнымъ обстоятельство или непредъявленное доказательство въ подготовительномъ производствѣ можетъ быть заявлено или предъявлено послѣ при разбирательствѣ дѣла только тогда, когда сторона можетъ доказать, что она была лишена возможности явиться къ подготовительному разбирательству или когда она можетъ доказать что она, безъ всякой съ своей стороны вины, не могла въ свое время сдѣлать нужнаго заявленія или предъявить нужное доказательство.

Въ отдѣлѣ, относящемся до судебныхъ доказательствъ, заслуживаетъ вниманія, что венгерскій уставъ внесъ въ самый законъ постановленія о бремени доказыванія. Случилось это, какъ видно изъ мотивовъ, съ цѣлью устранить неправильное сужденіе, будто принципъ свободной оцѣнки доказательствъ распространяется и на правила о бремени доказыванія, а также изъ желанія дать судьѣ по этому спорному вопросу руководящее указаніе. Законъ постановляетъ, что бремя доказыванія лежитъ на той сторонѣ, въ интересахъ которой, чтобы судомъ извѣстное обстоятельство было признано доказаннымъ. Такимъ образомъ, правосоздающій фактъ обязанъ доказать тотъ, кто утверждаетъ, что ему принадлежитъ данное право, все равно будетъ ли это истецъ или отвѣтчикъ, а также безразлично, подлежитъ ли доказыванію положительное или отрицательное обстоятельство. Наоборотъ, тотъ, кто оспариваетъ право, обязанъ доказать факты, препятствующіе возникновенію права или вызывающіе его прекращеніе.

Въ дѣлѣ оцѣнки доказательствъ дѣйствуетъ принципъ свободной оцѣнки судьею предъявленныхъ ему доказательствъ, но основанія, почему тѣ или другія доказательства были уважены судомъ, а другія напротивъ, неуважены, должны быть изложены въ рѣшеніи.

Доказательствами признаются: свидѣтельскія показанія, акты, осмотръ на мѣстѣ, экспертиза и присяга сторонъ. Собраніе доказательствъ, въ томъ числѣ и допросъ свидѣтелей, можетъ быть назначено по распоряженію суда, если въ дѣлѣ есть указаніе на то, что путемъ даннаго доказательства можетъ быть разъяснено какое либо изъ спорныхъ обстоятельствъ. Свидѣтельскія показанія скрѣпляются присягою. Если кто либо утверждаетъ, что дача присяги противорѣчитъ его убѣжденіямъ,

то онъ долженъ подтвердить данное на судѣ показаніе честнымъ словомъ.

Въ извѣстныхъ случаяхъ судъ можетъ обязать свидѣтеля представить въ судъ имѣющійся въ его рукахъ документъ. Свидѣтель можетъ отказаться отъ предъявленія документа по тѣмъ основаніямъ, по которымъ онъ можетъ отказаться отъ дачи показанія, или въ томъ случаѣ, если онъ владѣетъ документомъ отъ чужого имени.

Приведенное постановленіе устава имѣетъ особенную важность, потому что по венгерскому праву третье лицо не обязано представлять въ судъ имѣющіеся въ его рукахъ документы, оказавшіеся нужными въ данномъ процессѣ. Для того, чтобы добыть такого рода документы, нуженъ особый процессъ съ третьимъ лицомъ. Съ цѣлью упрощенія процесса и во избѣжаніе необходимости особыхъ процессовъ въ уставъ введено постановленіе объ обязанности третьяго лица, вызваннаго въ качествѣ свидѣтеля, предъявлять документы.

Австрійское право идетъ въ этомъ отношеніи дальше, такъ какъ оно обязываетъ всякое третье лицо, не только свидѣтеля, безъ особаго о томъ процесса, представить въ судъ документъ во всѣхъ случаяхъ, когда третье лицо по опредѣленіямъ гражданскаго права обязано выдать документъ или когда документъ по своему содержанію есть документъ общій какъ для ссылающагося на него, такъ и для держателя документа. Болѣе строгое правило венгерскаго устава легко можетъ быть обойдено вызовомъ третьяго лица въ судъ въ качествѣ свидѣтеля. Такой именно порядокъ относительно лицъ, въ рукахъ которыхъ находится вещественное доказательство, прямо предусматривается въ венгерскомъ уставѣ.

Присяга сама по себѣ не является судебнымъ доказательствомъ и служитъ лишь для подтвержденія справедливости утверждаемаго сторонами.

Выслушавъ заявленіе одной изъ сторонъ или обѣихъ сторонъ, судья опредѣляетъ, допустима ли присяга и которая изъ сторонъ должна принять присягу. Если присяга должна служить дополненіемъ доказательства, то она приносится стороною, ссылающеюся на доказательство; при отсутствіи же доказательствъ, присягу долженъ по закону принять противникъ стороны доказывающей. Онъ можетъ отказаться отъ присяги или отдать ее другой сторонѣ. Подъ присягою можетъ

быть допрошена только одна сторона. Присяга сторонъ допускается по ихъ взаимному между собою соглашенію, когда онѣ соглашаются признать правдивость или ложность извѣстнаго обстоятельства, имѣющаго рѣшающее значеніе по дѣлу, въ зависимости отъ присяги, принесенной стороною или третьимъ лицомъ.

Рѣшенія суда во всѣхъ случаяхъ подлежатъ объявленью или въ срокъ, назначенный для разбирательства дѣла по существу, или въ особо для объявленія назначенный срокъ. Въ письменной формѣ, для врученія ихъ сторонамъ, изготовляются рѣшенія только по дѣламъ разсмотрѣннымъ въ коллегіальныхъ судахъ. По дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ участковыхъ судахъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда сторона не присутствовала при устномъ разбирательствѣ дѣла и объявленіе рѣшенія состоялось не въ особо назначенный срокъ. Мотивы рѣшенія и въ такихъ случаяхъ въ рѣшеніе не включаются.

Вопросы, не требующіе по закону рѣшенія, разрѣшаются частными опредѣленіями суда.

(Продолженіе слѣдуетъ).

Вацлавъ Гора.
Проф. Чешскаго университета въ Прагѣ

Правительственный проектъ устава военно-уголовнаго судопроизводства для Австро-Венгерской арміи.

Какъ извѣстно, армія является общею для обѣихъ половинъ Австро-Венгерской монархіи; вслѣдствіе этого, законы, касающіеся арміи, должны быть, въ одинаковой редакціи, приняты австрійскимъ, рейхсратомъ, для представленныхъ въ немъ королевствъ и земель, и венгерскимъ парламентомъ. Законопроектъ, названный въ заголовкѣ, являющійся проектомъ устава военно-уголовнаго судопроизводства для общей имперской арміи, былъ, поэтому, внесенъ правительствомъ въ одинаковой редакціи, въ австрійскій рейхсратъ и въ венгерскій парламентъ. Независимо отъ этого, въ оба законодательныя собранія внесены, по существу одинаковаго содержанія и сходные съ проектомъ уголовнаго судопроизводства для общей арміи, проекты уголовнаго судопроизводства для мѣстныхъ войскъ каждой изъ половинъ Имперіи. Общему министерству

прійдется еще выработать уставъ уголовнаго судопроизводства для босно-герцеговинскихъ войскъ, такъ что реформа военно-уголовнаго правосудія потребуетъ изданія пяти отдѣльныхъ, въ общемъ согласованныхъ между собою, законовъ.

Необходимость приведенія въ дѣйствіе столь сложнаго законодательнаго аппарата не можетъ не затруднить скораго проведенія реформы, между тѣмъ, и по самому существу затронутыхъ вопросовъ реформа сопряжена съ довольно значительными трудностями.

Выработка отвѣчающаго своему назначенію устава военно-уголовнаго судопроизводства представляется далеко не легкою законодательною задачею. Въ данномъ случаѣ приходится считаться съ двумя трудно согласимыми принципами: съ одной стороны, съ принципомъ обезпеченія личной свободы, которому должно соотвѣтствовать построеніе современнаго уголовнаго судопроизводства, и съ принципомъ, находящимся съ первымъ въ извѣстномъ противорѣчіи, съ принципомъ воинской дисциплины, безъ которой немыслимо существованіе боевой арміи. Къ тому же, въ государствѣ съ всеобщею воинскою повинностью, для того, чтобы приговоры военныхъ судовъ пользовались довѣріемъ въ широкихъ слояхъ общества, въ уставѣ военно-уголовнаго судопроизводства должно быть допущено возможно менѣе отступленій отъ дѣйствующаго въ странѣ обще-уголовнаго процессуальнаго кодекса. Въ этомъ отношеніи въ Австро-Венгріи существуютъ еще особенныя трудности, такъ какъ въ ней примѣняются четыре устава уголовнаго судопроизводства: австрійскій, венгерскій, кроацко-словацкій и босно-герцеговинскій.

Самая большая трудность при выработкѣ устава уголовнаго судопроизводства для австро-венгерской арміи заключалась въ томъ, что нельзя было ограничиться переработкою какого нибудь отвѣчающаго потребностямъ настоящаго времени закона, приходилось создавать вполнѣ новый уставъ, такъ какъ теперь дѣйствующій военно-уголовный процессуальный законъ построенъ на началахъ, которыя, какъ непригодныя при условіяхъ современной жизни, давно отвергнуты въ другихъ странахъ. Австрійскій военно-уголовный процессъ регулируется уголовною конституціею Терезіи (Constitutio Criminalis Theresiana) 31 декабря 1768. Въ немъ господствуетъ тайна, письменность, слѣдственное начало, съ слѣдственнымъ судьею, который въ то же

время является обвинителемъ и членомъ суда, постановляющаго рѣшеніе, безъ допущенія защиты и обжалованія рѣшенія въ высшую инстанцію, съ предоставленіемъ военному начальству широкихъ правъ, такъ что безъ его утвержденія судъ не можетъ постановить приговора.

Ясно, что такой военно-уголовно-процессуальный уставъ подлежалъ полной отмѣнѣ, если желали создать нѣчто пригодное для настоящаго времени.

Необходимо признать, что, несмотря на всѣ эти трудности, авторамъ правительственнаго законопроекта удалось создать произведеніе, въ которомъ видно серіозное стремленіе выполнить требованія, которыя могутъ быть предъявлены современному военно-уголовно-процессуальному уставу. Добросовѣстнымъ судьямъ возможно будетъ при дѣйствіи новаго устава, въ дѣлѣ военно-уголовнаго правосудія, достигнуть болѣе совершенныхъ результатовъ, чѣмъ тѣ, которые достигаются въ настоящее время.

Военные суды организованы на подобіе гражданскихъ судовъ. Образуются два рода судовъ первой инстанціи: суды бригадные (resp. матроскіе) для сужденія преступленій меньшей важности, совершенныхъ нижними чинами, и суды дивизіонные (resp. адмиралтейскіе) для болѣе тяжкихъ преступленій, а также для преступленій, въ которыхъ обвиняются офицеры. Дивизіонные суды являются аппеляціонными судами для судовъ бригадныхъ. Аппеляціоннымъ и кассаціоннымъ судомъ является высшій военный судъ.

При образованіи военно-уголовныхъ судовъ приняты были во вниманіе особенности военнаго быта; поэтому, въ нихъ отсутствуетъ судъ присяжныхъ, но вмѣсто этого, суды всѣхъ инстанцій организованы по образцу судовъ шеффеновъ. Въ каждомъ судѣ, наряду съ получившими юридическое образованіе судьями, въ качествѣ судей дополнительныхъ, засѣдаютъ полковые офицеры. Въ бригадномъ судѣ засѣдаютъ трое, въ дивизіонномъ—пятеро, именно, предсѣдатель, функціи котораго ввѣряются старшему изъ офицеровъ, офицеръ съ юридическимъ образованіемъ, который руководитъ процессомъ, и еще одинъ или трое офицеровъ, въ качествѣ дополнительныхъ судей, или такъ наз. засѣдателей. Рангъ предсѣдательствующаго и засѣдателей сообразуется съ рангомъ обвиняемаго, что вызывается требованіями дисциплины.

Для того, чтобы обезпечить безпристрастіе суда, въ уставъ вводятся не только правила, заимствованныя изъ общаго устава уголовнаго судопроизводства, объ устраненіи и объ отводахъ судей, но постановлено, что мѣста предсѣдательствующаго и засѣдателей замѣщаются по очереди, установленной на годъ впередъ. Въ виду той же цѣли постановлено, что офицеры, отправляющіе судейскія обязанности, за проступки, совершенные въ этомъ званіи, подлежатъ въ дисциплинарномъ порядкѣ отвѣтственности только передъ судебнымъ начальствомъ и высшимъ военнымъ судомъ и что вообще суды, отдѣльные члены суда и судебныя должностныя лица въ сферѣ судебныхъ дѣйствій и при постановленіи приговоровъ пользуются самостоятельностью и подчинены только закону.

Обозначеніе судовъ бригадными и дивизіонными не должно вести къ ошибочному предположенію, что дѣятельность отдѣльнаго суда распространяется на воинскую часть соотвѣтствующаго наименованія, т. е. что каждая бригада и каждая дивизія имѣютъ свой бригадный и свой дивизіонный судъ.

На самомъ дѣлѣ, компетенція суда распространяется на опредѣленную територію и если на этой территоріи находится нѣсколько бригадъ или нѣсколько дивизій, то всѣ эти бригады или дивизіи приписаны къ одному бригадному или дивизіонному суду и къ этому суду должны обращаться всѣ командующіе частями, приписанными къ данному суду.

Командующій частью, въ соотвѣствіе принципу раздѣленія суда отъ управленія, занимаетъ въ процессѣ положеніе обвинителя. Обязанность обвинителя командующій исполняетъ не самолично; въ бригадномъ судѣ при отправленіи этой функціи ему содѣйствуетъ исполняющій судебныя обязанности офицеръ, въ дивизіонномъ судѣ—военный прокуроръ съ юридическимъ образованіемъ. Безъ приказанія подлежащаго командующаго уголовное преслѣдованіе не можетъ быть начато. Это относится также и къ преступленіямъ, преслѣдуемымъ по частной жалобѣ. По этимъ преступленіямъ жалобы потерпѣвшаго направляются къ командующему. Съ другой стороны, командующій обязанъ, по дошедшимъ до него свѣдѣніямъ о дѣяніяхъ, подлежащихъ уголовному преслѣдованію, возбудить дѣло, кромѣ случаевъ маловажныхъ проступковъ, когда командующій можетъ ограничиться дисциплинарнымъ производствомъ.

Во всѣхъ стадіяхъ процесса обвиняемый пользуется помощью защитника. Если обвиняемый не имѣетъ средствъ, то ему дается коронный защитникъ. При главномъ разбирательствѣ и при разбирательствѣ въ высшемъ военномъ судѣ обвиняемому дается защитникъ и помимо его воли, если преступленіе, въ которомъ обвиняется подсудимый, влечетъ за собою наказаніе не менѣе пятилѣтняго тюремнаго заключенія. Кромѣ офицеровъ на дѣйствительной службѣ и кандидатовъ на судебную должность защитниками могутъ быть назначаемы только тѣ изъ адвокатовъ и судейскихъ офицеровъ, которые занесены въ списокъ, составляемый военнымъ министерствомъ подлежащаго государства. Относительно включенія въ этотъ списокъ и исключенія изъ него установлены подробныя правила.

Расчлененіе процесса соотвѣтствуетъ таковому же по общему уставу уголовнаго судопроизводства. Отклоненія отъ послѣдняго болѣе значительны въ подготовительной стадіи, чѣмъ въ стадіи главнаго производства.

Первоначальное дознаніе по общему правилу лежитъ на обязанности непосредственнаго начальства заподозрѣннаго. Тоже начальство принимаетъ всѣ необходимыя мѣры для обезпеченія доказательствъ и неуклоненія заподозрѣннаго отъ суда. Подлежащій начальникъ, на основаніи сообщенія непосредственнаго начальства заподозрѣннаго или на основаніи полученныхъ имъ со стороны свѣдѣній, въ случаѣ надобности послѣ провѣрки свѣдѣній черезъ прокурора, судейскаго офицера или черезъ непосредственное начальство обвиняемаго, дѣлаетъ распоряженіе о начатіи предварительнаго разслѣдованія, за исключеніемъ случая, когда командующій уже въ этомъ положеніи дѣла признаетъ дѣйствіе не заслуживающимъ уголовнаго преслѣдованія, или, наоборотъ, достаточно выясненнымъ для возбужденія обвиненія. Предварительное разслѣдованіе ведется лично прокуроромъ или судейскимъ офицеромъ, имѣющими право обращаться за содѣйствіемъ къ военнымъ и гражданскимъ властямъ. Допросъ свидѣтелей подъ присягою, осмотръ на мѣстѣ, арестъ, обыскъ, и другія мѣры судебнаго характера производятся при содѣйствіи подлежащаго военнаго или гражданскаго суда.

Такимъ образомъ, въ отличіе отъ производства въ общихъ уголовныхъ судахъ, въ которыхъ по общему правилу, предварительное разслѣдованіе производится самимъ судомъ,

въ военно-уголовныхъ судахъ оно производится самою обвинительною властью. Проектъ устава военно-уголовнаго судопроизводства, въ отличіе отъ австрійскаго устава уголовнаго судопроизводства, по которому въ рядѣ случаевъ, требуется производство предварительнаго слѣдствія, не знаетъ обязательнаго предварительнаго слѣдствія. Проектъ устава предоставляетъ усмотрѣнію командующаго, а въ болѣе трудныхъ случаяхъ усмотрѣнію военнаго прокурора (судейскаго офицера) назначить производство предварительнаго слѣдствія чрезъ подлежащій судъ.

Въ такихъ случаяхъ производство предварительнаго слѣдствія ввѣряется судейскому офицеру, въ качествѣ слѣдственнаго судьи.

Подслѣдственный арестъ можетъ быть назначенъ только по распоряженіи подлежащаго командующаго. На это распоряженіе можетъ быть принесена жалоба—въ бригадномъ судѣ къ непосредственно высшему командующему, въ остальныхъ случаяхъ въ высшій военный судъ. Условія, при которыхъ допускается предварительное заключеніе, въ общемъ тѣже, что и по общему уставу уголовнаго судопроизводства. При невозможности испросить немедленное распоряженіе командующаго о задержаніи, распоряженіе о задержаніи можетъ быть дано непосредственнымъ военнымъ начальствомъ, военнымъ прокуроромъ, слѣдственнымъ судьею, во всякомъ случаѣ только при наличности соотвѣствующихъ условій.

Правила о слѣдственныхъ дѣйствіяхъ въ общемъ соотвѣтствуютъ правиламъ общаго устава уголовнаго судопроизводства.

Если на основаніи собранныхъ данныхъ компетентный командующій не находитъ нужнымъ прекратить дальнѣйшее производство, то онъ дѣлаетъ распоряженіе военному прокурору или судейскому офицеру возбудить обвиненіе, которое служитъ основаніемъ главнаго производства.

Устное и публичное производство въ военно-уголовномъ судѣ тѣмъ существенно разнится отъ производства въ гражданско-уголовномъ судѣ, что въ военно-уголовномъ судѣ, функціи предсѣдательствующаго раздѣлены между двумя лицами. Полиція засѣданія ввѣряется предсѣдателю изъ военныхъ, а направленіе дѣла судьѣ съ юридическимъ образованіемъ.

Въ отличіе отъ современнаго военно-уголовнаго процесса проектъ устава установляетъ способы обжалованія судебныхъ

приговоровъ, аналогичные съ тѣми, которые существуютъ въ общемъ уставѣ уголовнаго судопроизводства. На рѣшеніе бригаднаго суда допускается апелляція въ судъ дивизіонный не только по поводамъ, дѣлающимъ приговоръ недѣйствительнымъ, но и по другимъ поводамъ. На приговоръ дивизіоннаго суда допускается жалоба на размѣры присужденнаго наказанія и кассаціонныя жалобы въ высшій военный судъ. Кассаціонные поводы тѣже, что и въ уставѣ общаго уголовнаго судопроизводства. Такими поводами являются не только нарушеніе существенныхъ формъ судопроизводства, но и нарушенія матеріальнаго права.

Важнымъ нововведеніемъ является допущеніе обжалованія обвиняемымъ и оправдательнаго приговора.

Производство въ высшей инстанціи построено по аналогіи съ производствомъ по общему уставу уголовнаго судопроизводства.

Изъ чрезвычайныхъ формъ уголовнаго судопроизводства имѣютъ особо важное значеніе для военной жизни, кромѣ полевого судопроизводства, судопроизводство при военномъ положеніи и судопроизводство во время плаванія въ морѣ. Полевой военный судъ, который можетъ быть назначенъ и въ мирное время и во время войны для особо тяжкихъ преступленій противъ общественной безопасности или воинской дисциплины, подчиняется правиламъ, установленнымъ для производства дѣлъ въ полевыхъ судахъ, учреждаемыхъ для суда надъ лицами не военнаго званія. Во военно-полевомъ судопроизводствѣ не допускается обжалованіе приговора. За то приговоръ подлежитъ повѣркѣ компетентнаго командующаго, которому предоставляется и право помилованія. То же самое примѣняется и въ судопроизводствѣ на военномъ положеніи и въ производствѣ на морѣ, при чемъ составъ и компетенція судовъ видоизмѣняются соотвѣтственно особымъ отношеніямъ, возникающимъ во время войны и въ открытомъ морѣ.

Правила о языкѣ, на которомъ должны вестись производство въ военныхъ судахъ, должны были вызвать политическія разногласія.

Въ то время, какъ проектъ въ интересахъ единства арміи старается обезпечить широкое примѣненіе нѣмецкаго языка, венгерцы настаиваютъ, чтобы въ военныхъ судахъ, дѣйствующихъ въ Венгріи, венгерскому языку было присвоено то же

значеніе, которое ему присвоено въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, дѣйствующемъ въ общихъ уголовныхъ судахъ. Въ Австріи ненѣмецкія народности добиваются, чтобы въ военныхъ судахъ примѣнялся природный языкъ обвиняемаго. Парламентская разработка этихъ вопросовъ къ настоящему моменту (май мѣсяцъ) еще не закончена.

Правительственный проектъ различно регулируетъ вопросъ о языкѣ для Австріи и для Венгріи. Въ Австріи дается преимущество нѣмецкому языку и производство дозволяется вести на природномъ языкѣ подсудимаго только въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній не владѣетъ нѣмецкимъ языкомъ. Въ Венгріи нѣмецкій языкъ употребляется только для внутреннихъ сношеній суда, въ отношеніяхъ же суда со сторонами примѣняется венгерскій (въ Кроаціи—кроатскій языкъ). Только когда подсудимый не владѣетъ венгерскимъ (кроатскимъ) языкомъ, но владѣетъ нѣмецкимъ языкомъ, процесъ производится на нѣмецкомъ языкѣ.

Ярославъ Каллабъ.
Приватъ-доцентъ Чешскаго университета въ Прагѣ.

Критика.

А. И. Каминка, проф. Очерки торговаго права. Изданіе второе. СПБ. 1912 стр. 437. Ц. 2 р. 50 к.

«Очерки» проф. Каминки выходятъ вторымъ «исправленнымъ и дополненнымъ» изданіемъ. Это новое изданіе пополнено двумя очерками: о торговыхъ служащихъ и о торговой регистраціи. Въ *Предисловіи* авторъ говоритъ, что его «Очерки торговаго права» преслѣдуютъ «двойную задачу»: дать слушателямъ пособіе къ лекціямъ. Это—«ихъ главная цѣль». Вторая задача—дать разработку тѣхъ вопросовъ торговаго права, которые представляются въ настоящее время наименѣе разработанными, «относительно которыхъ еще не составилось communis opinio doctorum».

Рецензента не можетъ не смутить подобное заявленіе автора рец. книги. Развѣ есть, во-первыхъ, такіе сколько нибудь важные вопросы права, относительно которыхъ составилось «communis opinio doctorum»? За акціонерными к-ми многіе юристы западно-европейскіе и отечественные отвергаютъ самостоятельную юридическую личность. А казалось бы какой вопросъ долженъ бы быть болѣе безспорнымъ! На дѣлѣ, при современной сложности торговыхъ отношеній, безспорныхъ вопросовъ вовсе нѣтъ, и литература торговаго права такъ велика, что даже различеніе вопросовъ на менѣе спорные и болѣе спорные совершенно несостоятельно и произвольно. И въ самомъ дѣлѣ, проф. Каминка даетъ намъ «Очерки» вовсе не по «наименѣе разработаннымъ» вопросамъ торговаго права,—по всѣмъ вопросамъ, составляющимъ содержаніе каждаго изъ его Очерковъ накопилась безбрежная литература и суд. практика, коей авторъ въ нѣкоторыхъ Очеркахъ не только не далъ новой научной разработки, но съ коей (напр. въ главѣ о недобросовѣстной конкурренціи) онъ и не пытался даже ознакомить поближе своихъ читателей. Въ этомъ отношеніи, намъ вмѣсто того, чтобы отмѣчать научныя заслуги автора, пришлось бы,

наоборотъ, иногда ставить въ упрекъ автору упрощеніе имъ трактуемаго вопроса.

Затрудняетъ рецензента указанное заявленіе автора въ Предисловіи еще и въ другомъ отношеніи. Конечно, мы согласны съ тѣмъ, что лекціи, читаемыя въ Университетѣ, должны быть научны. Но, если бы мы имѣли дѣло просто съ «пособіемъ къ лекціямъ», задача рецензента была бы болѣе проста. Пробѣлочность въ изложеніи, неоригинальность построеній могли бы быть оправданы тѣмъ скромнымъ соображеніемъ, что авторъ и не предполагалъ давать ученаго труда. Другое,—если намъ самъ авторъ рекомендуетъ свою книгу, какъ *ученый* трудъ: наше отношеніе къ такой книгѣ должно быть болѣе строго и серьезно. Намъ думается, что само имя проф. Каминки—извѣстнаго ученаго—заставляютъ насъ видѣть во всѣхъ его очеркахъ нѣчто бóльшее, чѣмъ скромное «пособіе» къ лекціямъ. Это заставляетъ насъ отнестись со всей строгостью къ рец. «Очеркамъ», какъ труду—prima facie—*научному*. Книга проф. Каминки—крупная и по размѣрамъ—настолько богата содержаніемъ, что мы не можемъ въ журнальной статьѣ изложить всѣ мысли автора, а потому мы ограничимся передачей, въ порядкѣ Очерковъ, лишь тѣхъ главнѣйшихъ выводовъ автора, которые остановили наше вниманіе.

Первый очеркъ (стр. 1—28) носитъ заглавіе: «*Торговля и торговое право*». Бóльшую часть этого очерка авторъ посвящаетъ вопросу объ опредѣленіи торговли и торговой сдѣлки. Всѣмъ предшествующимъ попыткамъ въ этомъ направленіи авторъ дѣлаетъ тотъ упрекъ, что «онѣ упускаютъ изъ виду, что торговый оборотъ, какъ совокупность отношеній, подчиненныхъ дѣйствію спеціальныхъ нормъ торговаго права, сложился исторически. Поэтому совершенно невозможно найти то начало, которое могло бы дѣйствительно объединить всѣ отношенія, регулируемыя въ настоящее время торговымъ правомъ» (стр. 7). Авторъ полагаетъ, что «путь юриста долженъ быть другимъ». «Надо начать съ выясненія той области, которую *законодательства* относили и относятъ къ области торговли и только затѣмъ попытаться найти тѣ моменты, которые являются наиболѣе характерными для всей этой области отношеній, не стремясь вовсе къ тому, чтобы въ этихъ признакахъ найти критерій и притомъ такой, который оставался бы въ равной мѣрѣ правильнымъ для всѣхъ временъ и для всѣхъ

странъ» (стр. 7). «Помимо историческаго разсмотрѣнія вопроса едва ли можно притти къ положительнымъ выводамъ» (ibid.).

Авторъ центръ тяжести кладетъ въ изслѣдованіи *законодательствъ*. Но уже на примѣрѣ русскаго законодательства мы видимъ, что положительное законодательство не способно дать исчерпывающаго матеріала для какихъ либо выводовъ, ибо во всякомъ правѣ вообще, а въ торговомъ тѣмъ паче, не законодательство, а *судебная практика* выражаетъ исторически слагающееся правосознаніе. Самъ авторъ на стр. 13—14 говоритъ: «постановленія нашего *закона*, опредѣляющія понятіе торговыхъ дѣлъ, находятся подъ прямымъ вліяніемъ *французскаго* образца». А на стр. 16 авторъ утверждаетъ: «*судебная практика* приблизилась къ точкѣ зрѣнія новаго *германскаго* торговаго Уложенія».

Какую же цѣнность при этихъ условіяхъ имѣетъ примѣненіе метода, рекомендуемаго авторомъ? И что же даетъ авторъ читателю въ первомъ Очеркѣ? Задавшись цѣлью—не болѣе и не менѣе, какъ «исторически разсмотрѣть вопросъ», чего не сдѣлали его предшественники, и безъ чего «едва ли можно прійти къ положительнымъ выводамъ», авторъ на 5 страницахъ излагаетъ всѣмъ извѣстныя свѣдѣнія по исторіи французскаго и германскаго права, безъ какихъ либо крупныхъ научныхъ выводовъ; для русскаго же права ему хватило и 4-хъ страницъ для такого вывода, какъ то, что «не смотря на всѣ недостатки постановленій нашего закона, суд. практика внесла нѣкоторую стройность въ систему торговыхъ дѣйствій, въ значительной мѣрѣ сблизившую ее съ той, которая сложилась на Западѣ» (стр. 17).

Конечно, никто никогда не отрицалъ важности, «историческаго разсмотрѣнія вопроса», и этотъ методъ примѣненъ въ этой области проф. Каминкой не первымъ. Но не будучи въ силахъ догматически дать опредѣленіе, какія же сдѣлки торговыя по русскому законодательству, авторъ «donne sa langue aux chiens». Спрятавшись за исторію, онъ въ концѣ концовъ не далъ по интересующему вопросу ничего прочнаго и яснаго. «Новый путь юриста» привелъ къ повторенію положеній изъ старыхъ учебниковъ по торговому праву.—Въ концѣ очерка авторъ переходитъ къ *объектамъ* торговыхъ сдѣлокъ и въ частности—къ вопросу объ исключеніи недвижимости изъ сферы торговаго оборота (стр. 24—28). Авторъ находитъ правильнымъ русскую практику, не относящую сдѣлки съ недвижимостью къ

сдѣлкамъ торговымъ. На болѣе обширныя обобщенія авторъ не рискуетъ пускаться въ первомъ очеркѣ.

Слѣдующіе пять очерковъ посвящены изслѣдованію самостоятельности торговаго права, источникамъ торговаго права, и исторіи кодификаціи торговаго права на Западѣ и въ Россіи.

Авторъ отстаиваетъ традиціонный дуализмъ правовыхъ системъ: права гражданскаго и права торговаго, и, указывая на «спеціальный духъ», проникающій область торговыхъ отношеній, настаиваетъ на самостоятельности торговаго права и въ наукѣ и въ жизни и въ кодификаціи. Изъ этой концепціи торговаго права вытекаетъ возвеличеніе авторомъ авторитета обычая, какъ нормы права [1]).

Въ историческомъ очеркѣ развитія торговаго права въ Россіи авторъ справедливо отмѣчаетъ вліяніе западно-европейскаго права (француз. торговый кодексъ, прусскій L. R.) на проектъ торговаго уложенія, составлявшійся въ началѣ XIX в., но, конечно, идетъ слишкомъ далеко, когда утверждаетъ, что «въ настоящее время ни для кого уже не составляетъ тайны, что то, что Сперанскій выдавалъ за результатъ историческаго процесса образованія русскаго гражданскаго права, было не что иное, какъ результатъ заимствованія изъ иностранныхъ законодательствъ» (стр. 78). Разрозненныя и единичныя заимствованія Сперанскимъ преимущественно изъ французскаго кодекса въ вещномъ и обязательственномъ правѣ (т. X ч. 1), не оправдываютъ категорическаго и огульнаго утвержденія автора.

Особенно подробно останавливается авторъ на общемъ вопросѣ о *законной силѣ Свода Законовъ* (стр. 86—95). Опираясь на мнѣніе Государственнаго Совѣта, утвержденное резолюціею Государя Николая I въ манифестѣ 31 янв. 1833 г., авторъ настаиваетъ на томъ, что Сводъ Законовъ съ перваго же своего изданія въ 1832 г. имѣлъ *исключительную силу закона*. Авторъ цитируетъ въ извлеченіи два пункта мнѣнія Г. Совѣта и первые два пункта изъ Манифеста 31 янв. 1833 г. и говоритъ: «намъ думается, что вопросъ о силѣ и значеніи Свода совершенно исчерпывается этими постановленіями» (стр. 88).

---

[1]) Проф. Каминка (стр. 46 сл.) высказывается за первенство торговаго обычая передъ гражданскимъ закономъ, за распространеніе правила jura novit curia и на обычай, и за кассаціонную повѣрку правильности примѣненія обычая.

Но помимо того, что авторомъ далеко не привлеченъ весь имѣющійся матеріалъ для разрѣшенія спорнаго вопроса [1]), его разсужденія и въ предѣлахъ использованнаго матеріала не отличаются убѣдительностью. Уже a priori тѣ выводы, къ которымъ приходитъ проф. Каминка, заставляютъ насъ скептически отнестись къ его разсужденіямъ. Передача законодательныхъ функцій кодификаціонному учрежденію, поставленіе власти канцеляріи и даже наборщика выше власти Государя!—невозможно допустить, чтобы подобная юридическая безсмыслица получила признаніе даже въ ту эпоху напряженнаго законодательнаго строительства. И если бы мы въ обмолвкахъ и lapsus'ахъ витіеватой рѣчи резолюцій Г. Совѣта или манифеста могли найти нѣкоторую опору этой юридической безсмыслицы, то это все же не уполномачивало бы насъ изъ этихъ тенденціозно подобранныхъ мѣстъ дѣлать какіе либо выводы. Изъ двухъ возможныхъ толкованій закона лучше то, которое хорошо, а не то, которое плохо: «nusquam verborum interpretatio tantum valet, ut melior sensu existat». Авторъ не отмѣчаетъ то, что и въ послѣдующее время наша законодательная власть центръ тяжести ясно клала не на Сводъ Законовъ, а на подлинныя узаконенія [2]).

Укажемъ, наконецъ, на то, что ни проф. Каминка, ни его предшественники по работѣ, насколько намъ извѣстно, не ис-

---

[1]) Автору осталась неизвѣстной работа *Е. Побѣдиной*, напечатанная въ Ж. М. Ю. 1909 № 4, стр. 138—151: «Къ вопросу о юрид. силѣ Св. Законовъ». Въ этой работѣ использованъ гораздо бóльшій матеріалъ, чѣмъ это дѣлаетъ проф. Каминка. Напр. п. IV и заключительныя слова Манифеста 31 янв. 1833 г., Высочайше утвержд. мнѣніе Госуд. Совѣта 12 декабря 1834: «О приложеніи и употребленіи Свода Законовъ Россійской Имперіи въ производствѣ дѣлъ» (п. IV и п. VIII) и др.—Всѣ эти матеріалы, въ связи съ опроверженіемъ толкованія односторонне подобраннаго матеріала проф. Каминкой (въ прежнихъ его работахъ по тому же вопросу),—съ полной убѣдительностью доказываютъ, что статьи Свода Законовъ имѣютъ силу не потому, что они включены въ Сводъ, а потому, что служатъ отраженіемъ подлинныхъ законовъ. Слѣдовательно при несогласіи статей Свода съ подлинными законами нѣтъ основы для этой силы.

[2]) *Е. Побѣдина* ук. с., стр. 148—149 приводитъ интересную историческую справку, изъ которой явствуетъ, что сама законодательная власть признавала неправильнымъ и необязательнымъ толкованіе кодификаціоннаго учрежденія, противорѣчащее смыслу подлиннаго закона.

пользовали одного важнаго, дѣлающаго эпоху въ исторіи разсматриваемаго вопроса, закона, бросающаго лучъ свѣта въ темный вопросъ о силѣ Свода Законовъ. Мы имѣемъ въ виду Высочайше утвержденное Мнѣніе Госуд. Совѣта, 5 ноября 1885 г. «О переработкѣ Свода Законовъ Россійской Имперіи Кодификаціоннымъ Отдѣломъ при Госуд. Совѣтѣ» [1]). Въ этомъ законѣ [2]) опредѣляется то, что подлежитъ внесенію въ Сводъ и въ ст. 11—12 ясно отвергаются законодательныя полномочія Кодификаціоннаго Отдѣла; а въ п. 15 устанавливается порядокъ для исправленія ошибокъ, обнаруженныхъ въ Сводѣ Законовъ или Продолженіяхъ. Это—не законодательный порядокъ, (какъ это должно было бы быть, если статьи Св. Зак. были законами!), а—административный.

Сомнѣваемся мы въ правильности и дальнѣйшихъ разсужденій проф. Каминки. Въ концѣ очерка онъ оговаривается, что «послѣ введенія у насъ конституціи, въ силу ст. 7 и 86 Основ. Зак., не могъ оставаться допустимымъ такой способъ изданія законовъ, при которомъ законъ, въ порядкѣ ст. 86 изданный, могъ оказаться измѣненнымъ въ порядкѣ кодификаціонномъ. Поэтому, съ момента введенія въ наше законодательство этого новаго начала не можетъ быть болѣе рѣчи о значеніи новыхъ изданій Свода и Продолженій къ нему, какъ положительнаго закона» (стр. 95). Съ этимъ послѣднимъ соображеніемъ трудно согласиться. Если мы допустимъ, что Своду придано значеніе положительнаго источника права, то мы должны признать, что имѣетъ значеніе лишь самый фактъ «кодификаціи», т. е. внесеніе закона извнѣ внутрь Свода, а *какъ*, т. е. *въ какомъ порядкѣ*, согласно основнымъ законамъ, изданъ законъ извнѣ не имѣетъ большого значенія. Если бы авторъ былъ правъ, то его разсужденія можно было бы примѣнить и къ всему XIX вѣку «до введенія у насъ конституціи». Вѣдь, и при старомъ режимѣ издавались законы въ опредѣленномъ «законодательномъ порядкѣ», и все же *кодификаціонный* порядокъ опредѣлялъ «со-

---

[1]) Этотъ актъ, какъ это ни странно, замалчивается, насколько намъ извѣстно, всѣми изслѣдователями вопроса, какъ будто этого акта и не существуетъ. Не упоминаетъ о немъ даже *П. М. Майковъ*. О Сводѣ Законовъ Россійской Имперіи. СПБ. 1906 г.

[2]) Собраніе Узаконеній, 1885 г. № 119 (977). Этотъ законъ отпечатанъ у *Н. Корево*. Объ изданіяхъ Законовъ Россійской Имперіи, СПБ. 1900 стр. 35—36.

ставъ законовъ». Посему, мы полагаемъ, что вопросъ о значенiи кодификацiоннаго способа изданiя Свода Законовъ не потерялъ своей остроты и въ настоящее время [1]).

Въ Очеркѣ 7-омъ проф. Каминка трактуетъ о «*купцѣ*». По опредѣленiю автора, купцомъ является тотъ, кто непосредственно выступаетъ въ торговомъ оборотѣ въ качествѣ его дѣятеля. Авторъ поднимаетъ спорный вопросъ: «можетъ ли казна быть признана *купцомъ*»? (стр. 99), и, разсмотрѣвъ рядъ иностранныхъ законодательствъ, приходитъ къ выводу, что по русскому праву «казна не является у насъ купцомъ» (стр. 100). За это-де рѣшенiе вопроса говоритъ «одно отсутствiе въ нашихъ торговыхъ законахъ постановленiй по этому вопросу».

Намъ думается, что авторъ погрѣшаетъ въ смѣшенiи понятiй. Въ наукѣ торговаго права споренъ вопросъ о томъ, могутъ ли юридическiя лица публичнаго характера (напр. государство), быть *торговыми субъектами*. Подъ *торговцемъ* же принято называть не купца въ русскомъ смыслѣ слова, а того, кто занимается тѣми или другими торговыми дѣйствiями въ видѣ промысла. Авторъ даетъ опредѣленiе купцу, упуская изъ виду, что «купецъ» не то же что, и «торговецъ» [2]). Упуская это изъ виду [3]), авторъ именуетъ купцомъ того, «кто непосредственно выступаетъ въ торговомъ оборотѣ въ качествѣ его дѣятеля», (стр. 102), «лицо, занимающееся торговымъ промысломъ» (стр. 98). Эти опредѣленiя несостоятельны съ точки зрѣнiя русскаго закона.

Въ очеркѣ 8-омъ (стр. 104—111) авторъ трактуетъ о «*торговой дѣеспособности*». Изъ всѣхъ условiй, влiяющихъ на

---

[1]) Конечно, ст. 86 Основн. Зак. внесла въ темную область стараго правопорядка, не проводившаго строгаго различiя между закономъ и любымъ актомъ Высочайшей воли, столбъ свѣта, ибо теперь ничто не есть законъ, что не прошло законодательный порядокъ. Но не забудемъ, что Законъ 5 ноября 1885 г., предписывающiй, независимо отъ законовъ, вносить въ Сводъ Законовъ и Высочайшiя повелѣнiя, составленныя въ порядкѣ верховнаго управленiя и пр.—не отмѣненъ никакимъ послѣдующимъ закономъ!

[2]) Вѣдь, по русскимъ законамъ можно быть купцомъ, не будучи торговцемъ (лицо выправило гильдейское свидѣтельство, но торговли не ведетъ), и наоборотъ,—можно быть торговцемъ, не будучи купцомъ (лицо выправило лишь промысловое свидѣтельство).

[3]) То же смѣшенiе понятiй авторъ допускаетъ и во многихъ мѣстахъ своей книги (стр. 112, passim).

дѣеспособность, авторъ останавливается только на ограниченіяхъ, связанныхъ съ *возрастомъ*. Авторъ указываетъ на безправное положеніе, въ которомъ находятся опекуны по русскому праву по управленію дѣлами подъопечныхъ [1]).

Мы можемъ поставить автору въ упрекъ то, что онъ не исчерпываетъ всего вопроса. Онъ, напр., ни однимъ словомъ не упоминаетъ о полученіи малолѣтнимъ торговаго предпріятія по наслѣдству (прил. къ ст. 1238 т. X ч. I), а между тѣмъ задаетъ вопросъ о томъ, поскольку мы можемъ подчинить этимъ правиламъ (!) право малолѣтняго на самостоятельное устройство торговаго предпріятія (стр. 108—109). Разсужденія проф. Каминки по этому вопросу въ высшей степени сбивчивы. Онъ говоритъ: «Нѣкоторые были даже склонны выводить изъ ст. 220 т. X ч. I право несовершеннолѣтняго на самостоятельное управленіе унаслѣдованнымъ имъ торговымъ предпріятіемъ. *Однако, дальнѣйшее содержаніе этой статьи противорѣчитъ такому выводу*». А затѣмъ, указавъ на то, что несовершеннолѣтній не можетъ пользоваться текущимъ счетомъ, авторъ приходитъ къ менѣе категорическому выводу: «веденіе предпріятія, перешедшаго къ несовершеннолѣтнему, является *крайне затруднительнымъ*» (стр. 109). Но ясно, что фактическая затруднительность не есть тоже, что отсутствіе права!

Нельзя согласиться и съ слѣдующимъ разсужденіемъ автора: «Если законодателемъ приняты столь драконовскія мѣры по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ, что сколько нибудь энергичное и самостоятельное веденіе ими торговаго предпріятія становится невозможнымъ, то, казалось бы, нѣтъ уже основаній особо воспрещать и пріобрѣтеніе несовершеннолѣтними торговыхъ предпріятій или же устройство таковыхъ» (стр. 109). Помимо того, что само разсужденіе, съ точки зрѣнія юриди-

---

[1]) Проф. Каминка сѣтуетъ на то, что лишеніе закономъ права на пользованіе кредитомъ и капиталами несовершеннолѣтняго исключаетъ возможность успѣшнаго веденія торговаго дѣла, какъ опекуномъ, такъ и самимъ несовершеннолѣтнимъ по достиженіи имъ 17 лѣтъ. Намъ думается, что описаніе «безправнаго» положенія опекуна и подъопечнаго страдаетъ преувеличеніями. Вѣдь, надо посчитаться и съ судебной практикой по примѣненію ст. 220 т. X ч. 1, которая уже давно стерла ригоризмъ этой статьи и дала нѣкоторое удовлетвореніе потребностямъ жизни. Напр., Сенатъ призналъ за несовершеннолѣтнимъ право безъ согласія попечителя получать %% изъ принадлежащаго ему капитала (К. Р. 1871/858).

ческой логики, не выдерживаетъ критики, оно и противорѣчитъ утвержденію автора, что «нѣтъ основаній для различія между полученіемъ торговаго предпріятія по наслѣдству и устройствомъ такового самимъ малолѣтнимъ». Вѣдь, для наслѣдованія торговаго предпріятія несовершеннолѣтнимъ и малолѣтнимъ необходимо согласіе попечителя и опекуна! А Сенатъ (К. Р. 1875/981) требуетъ согласіе попечителя и для пріобрѣтенія несовершеннолѣтнимъ торговаго предпріятія.

Авторъ не совсѣмъ послѣдователенъ въ своихъ разсужденіяхъ.

Мы видѣли, что изъ за фактической затруднительности онъ готовъ отказать несовершеннолѣтнему (свыше 17 лѣтъ) въ правѣ самостоятельного управленія унаслѣдованнымъ имъ торговымъ предпріятіемъ. А ниже (стр. 109—110) авторъ дозволяетъ несовершеннолѣтнему вступить въ договоръ полнаго товарищества. На каждую сдѣлку товарищества ему придется искать разрѣшенія попечителя, но «такія фактическія затрудненія—говоритъ авторъ (стр. 110)—отнюдь не тождественны съ юридической невозможностью».

Въ 9-омъ очеркѣ авторъ трактуетъ о «*Торговомъ предпріятіи*». Безъ мотивировки онъ высказываетъ свой взглядъ на конструкцію торговаго предпріятія: «совершенно очевидно—такъ обосновываетъ проф. Каминка «наименѣе разработанный въ литературѣ вопросъ торговаго права»—что «предпріятіе не субъектъ, но *объектъ* правъ» (стр. 114). Авторъ отмѣчаетъ обособленіе предпріятія отъ имущества купца и придаетъ этому обособленію не только исключительно техническо-бухгалтерское значеніе, но и значеніе *юридическое*. Хотя авторъ останавливается на этомъ вопросѣ на нѣсколькихъ страницахъ (стр. 115—125), однако, своей точки зрѣнія ему не удается обосновать. Авторъ принужденъ сознаться, что «обособленіе это не идетъ такъ далеко, что бы создать различіе въ правахъ на это имущество между кредиторами предпріятія и личными кредиторами купца». Послѣднее утвержденіе звучитъ у автора голословно. Проф. Каминка не считаетъ нужнымъ болѣе подробно мотивировать свою точку зрѣнія на этотъ вопросъ, хотя этотъ вопросъ для понятія существа предпріятія имѣетъ громадное значеніе. А между тѣмъ, наша практика уже высказалась по поводу преимущественнаго права кредиторовъ торговыхъ товариществъ при признаніи ихъ несостоятельности (4 Д-тъ Прав.

Сената 1882 № 483) и разрѣшилъ его въ томъ же смыслѣ, какъ Новое герм. Торг. Уложеніе (ст. 131).

Очеркъ десятый озаглавленъ: «*Торговая фирма*». Главное содержаніе этой главы—выясненіе вопроса о томъ, что́ надо понимать подъ торговой фирмой: есть ли это названіе торговаго предпріятія или—собственника торговаго предпріятія. Послѣдняго воззрѣнія держится авторъ, и, въ настоящемъ очеркѣ онъ пытается занять позицію къ главнѣйшимъ возраженіямъ противъ послѣдней конструкціи. Авторъ ищетъ, именно, путей къ тому, что бы примирить свое утвержденіе: фирма есть обозначеніе лица, какъ собственника предпріятія, съ тѣмъ явленіемъ, что фирма можетъ неправильно обозначать собственника предпріятія [1]). Проф. Каминка полагаетъ, что эти явленія не связаны между собою [2]) и разсуждаетъ такъ: «Довѣріе къ лицу переносится на предпріятіе. Но вмѣстѣ съ тѣмъ и предпріятіе, существующее болѣе или менѣе продолжительное время, эмансипируется отъ личности хозяина, какъ бы пользуется само по себѣ извѣстной репутаціей. Эта сложившаяся репутація торговой фирмы продолжаетъ держаться, несмотря на перемѣны въ лицѣ хозяина» (стр. 151). Съ этой точки зрѣнія, «несправедливъ и не соотвѣтствовалъ бы интересамъ торговаго оборота безусловный запретъ перехода фирмы въ другія руки. Именно, въ этихъ соображеніяхъ—ключъ для объясненія того, на первый взглядъ, непонятнаго явленія, что законодательство германское, признавая фирму названіемъ собственника предпріятія, въ тоже время допускаетъ возможность отчужденія фирмы. Жизненные интересы не должны быть ни въ какомъ случаѣ приносимы въ жертву интересамъ стройности юридическаго построенія» (стр. 152).

Казалось бы, что разъ фирма есть показатель извѣстной репутаціи *предпріятія*, она «эмансипировалась отъ личности хозяина». Такъ говоритъ логика. Но проф. Каминка все же

---

[1]) Авторъ сознаетъ, что «указаніе на противорѣчіе между признаніемъ, что фирма есть обозначеніе собственника предпріятія, и допущеніемъ права отчужденія фирмы, *не лишено основаній*» (стр. 149, ср. стр. 153).

[2]) «Вопросъ поэтому долженъ быть расчлененъ. Во 1-хъ, можемъ ли мы признать такое положеніе вещей, при которомъ фирма неправильно обозначаетъ собственника предпріятія, *нормальнымъ* (?!). Во 2-хъ, если мы признаемъ это нормальнымъ (?), то можно ли послѣ этого говорить о томъ, что фирма есть обозначеніе лица, какъ собственника предпріятія» (стр. 151)

приходитъ къ другому выводу: «фирма по самой идеѣ своей, служитъ для того, что бы индивидуализировать *лицо* въ роли предпринимателя» (153). Сбивчиво и то «расчлененіе вопроса», которое предлагаетъ авторъ: «Нормально» ли несовпаденіе фирмы и имени собственника и если нормально, то «можно ли» фирму почитать за обозначеніе собственника предпріятія? Что такое «нормально»? И вопросъ вовсе не въ томъ, «*можно ли*», а «*должно ли*» держаться такой конструкціи. «Должно ли»— это вопросъ особый, который подлежитъ самостоятельному изслѣдованію и разрѣшенію, а «можно ли» есть вопросъ, который поглощается уже первымъ вопросомъ о «нормальности»,— т. е. о желательности—указаннаго несовпаденія.

Авторъ говоритъ намъ, что возможность отчужденія фирмы требуется жизненными интересами «въ жертву интересамъ стройности юридическаго построенія». Но, вѣдь, всѣ юридическія дисциплины призваны обслуживать жизненные интересы, однако, это не исключаетъ необходимости въ «юридическихъ построеніяхъ». На стр. 153—154 авторъ даетъ положительный аргументъ въ пользу своего построенія. Онъ указываетъ на то явленіе, что одна фирма обладаетъ иногда отдѣльными предпріятіями, имѣющими каждое свое особое обозначеніе. Но, если бы это явленіе рѣшало вопросъ, то развѣ мы не могли бы съ тѣмъ же правомъ объявить это явленіе не юридическаго, а экономическаго порядка? И самъ авторъ, на стр. 154, объясняетъ возможность рядомъ съ фирмой обозначенія каждаго отдѣльнаго предпріятія требованіемъ «справедливыхъ интересовъ дѣлового оборота»!

Проф. Каминка, какъ мы видѣли, приводитъ въ подкрѣпленіе своего взгляда авторитетъ германскаго законодателя, который «признавая фирму названіемъ собственника предпріятія, въ тоже время допускаетъ возможность отчужденія фирмы». Такого рода безапелляціонная ссылка не можетъ быть признана нами удачной. Въ Торговомъ Код. 1897 г. (ст. 17) мы читаемъ: «фирма купца есть имя, подъ которымъ онъ ведетъ свои дѣла въ торговлѣ и которымъ онъ подписывается». Какъ видимъ, германскій Торг. Кодексъ и не думаетъ опредѣлять фирму, какъ *имя* торговца [1]). Наряду съ этимъ, ст. 25 Торг.

---

[1]) *Объясн. Записка* къ Entwurf des Handelsgesetzbuch считаетъ фирму названіемъ торговаго *предпріятія* (Geschäftsnahme), хотя и не идетъ такъ далеко, что бы трактовать предпріятіе, какъ юридическое лицо.

Кодекса содержитъ правило, наводящее на размышленіе: пріобрѣтатель торговаго предпріятія отвѣчаетъ или не отвѣчаетъ за долги его, въ зависимости отъ того, ведетъ ли онъ его подъ прежней фирмой или подъ новой. Далѣе, въ томъ же Кодексѣ мы находимъ массу нормъ, которыми разрывается и безъ того эфемерная связь фирмы съ лицомъ хозяина, такъ что, по замѣчанію *Endemann* (Handbuch I § 17) «фирма оказывается вовсе не пригодною для опредѣленія тождества извѣстнаго лица».

Правъ ли при этихъ условіяхъ проф. Каминка, ссылаясь такъ огульно и рѣшительно на авторитетъ германскаго законодателя, когда въ самой Германіи сильно представленное мнѣніе почитаетъ фирму, именно, за наименованіе купеческаго *предпріятія?* [1]).

Не можемъ мы не поставить въ упрекъ автору и то, что онъ не остановился на толкованіи русскихъ положительныхъ законовъ, въ коихъ встрѣчается терминъ «фирма». На стр. 144 авторъ говоритъ, что нашъ законодатель даетъ въ руководство «едва ли не одно только примѣчаніе къ ст. 60 Уст. Торг.». Это не вѣрно. Въ нашихъ законахъ въ разныхъ томахъ Св. Зак. много разъ упоминается терминъ «фирма», и, именно, на ряду съ именемъ и фамиліей гражданскаго наименованія лица (напр. Уст. о векс.), такъ что проф. Каминка нашелъ бы, если бы пожелалъ, бо́льшій матеріалъ въ защиту своего воззрѣнія.

Въ Очеркѣ 11-омъ проф. Каминка говоритъ о «*Торговой регистраціи*». Въ этой главѣ авторъ отмѣчаетъ недостаточность и случайность постановленій нашего закона, регулирующихъ торговую регистрацію. Не останавливаясь на детальныхъ вопросахъ организаціи торговаго регистра, авторъ говоритъ о значеніи торговой записи, о тѣхъ фактахъ и отношеніяхъ, которые подлежатъ записи и о томъ органѣ, которому должно быть довѣрено веденіе регистра, авторъ рекомендуетъ себя рѣшительнымъ

---

[1]) Укажемъ еще и на то юридическое явленіе, что сама германская практика ограничительно толкуетъ право отчужденія фирмы. Переносъ фирмы допустимъ лишь вмѣстѣ со всѣмъ торговымъ предпріятіемъ «für welches die Firma geführt wird» (ср. § 23 H. G. B.), а потому недопустимъ при отчужденіи отдѣльной отрасли предпріятія [R. G. 12 дек. 1903, Bd. 56 № 47]. При отчужденіи торговаго предпріятія съ фирмой, покупщикъ уполномачивается, въ случаѣ сомнѣнія, пользоваться фирмой и для «Zweigniederlassungen», но отнюдь не—право отчуждать эту вѣтвь торговли съ производной фирмой, какъ самостоятельное предпріятіе.

сторонникомъ торговаго регистра, и, именно, системы *германскаго* торговаго Уложенія. Настоящая глава и представляетъ собою въ бо́льшей своей части поверхностное [1]) изложеніе этого закона. Обращаясь къ русской дѣйствительности, авторъ рекомендуетъ регистрацію поручить не особому органу, а связать временно эту дѣятельность съ дѣятельностью... старшихъ нотаріусовъ. Это предложеніе мы не можемъ одобрить. Старшіе нотаріусы переобременены теперь работой по проведенію въ жизнь закона о землеустройствѣ и имъ не до торговой регистраціи,—дѣла ничего общаго съ кругомъ ихъ обязанностей не имѣющаго.

Очеркъ 12-ый посвященъ «*Торговымъ служащимъ*» (стр. 187—224). Въ этой главѣ авторъ критикуетъ и истолковываетъ постановленія Уст. Торг. о наймѣ торговыхъ служащихъ въ связи съ постановленіями германскаго и австрійскаго законовъ. Наибольшее вниманіе онъ удѣляетъ важному вопросу торговаго права: кто является *торговымъ служащимъ*? (стр. 193 сл.). Авторъ несогласенъ съ мнѣніемъ Сената, защищаемымъ проф. Шершеневичемъ, ограничительно трактующемъ понятіе *приказчика* и соглашается съ мнѣніемъ проф. В. А. Удинцева: «нельзя распредѣлить помощниковъ принципала на двѣ категоріи—представителей или довѣренныхъ и торговыхъ служащихъ или фактическихъ помощниковъ: эти двѣ категоріи сливаются» (стр. 194). Авторъ представляетъ два доказательства въ опору своему мнѣнію: статью 3 Уст. Торг., которая называетъ приказчикомъ «всякаго, кто или управляетъ торговыми дѣлами своего хозяина, или только *исполняетъ его порученія* въ теченіи опредѣленнаго времени» — и соображенія цѣлесообразности, «какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ новѣйшія западно-европейскія законодательства» (герм. и австрійское).

---

[1]) Авторъ не исчерпываетъ всей глубины поднимаемыхъ вопросовъ. Напр., поднимаетъ вопросъ: *что* подлежитъ регистраціи (стр. 176—180)?—и умалчиваетъ о внесеніи *прекращенія* торговой дѣятельности (§ 31 Abs. 2 HGB). [См. интересный казусъ R. G. 27 марта 1907 г. Bd. 65 № 97: выводы изъ этого требованія закона, неуваженнаго апел. судомъ].—Авторъ поднимаетъ вопросъ объ основныхъ задачахъ торговаго регистра (стр. 171 сл.), но не касается вопроса: поскольку можно запретить пользованіе зарегистрованной фирмой на основаніи закона о недобросов. конкурренціи. [См. R.G. запр. 1906, Bd. 63 № 38].

Мы считаемъ эти доводы проф. Каминки неубѣдительными. Конечно, надо сознаться, что «торговые служащіе» находятся часто въ совершенно аналогичныхъ условіяхъ съ положеніемъ прикащиковъ и цѣлесообразно къ нимъ примѣнять нѣкоторыя нормы Уст. Тор. Но сливать «прикащиковъ» съ «торговыми служащими» мы права не имѣемъ. Проф. Каминка ссылается на «цѣлесообразность», но въ подтвержденіе этой цѣлесообразности ссылается лишь на.... постановленія новѣйшихъ западно-европ. кодексовъ [1]). И противъ «буквальнаго» толкованія проф. Каминки (такъ, именно, называетъ самъ авторъ свое толкованіе на стр. 196), можно возразить весьма многое. Ст. 2201 прим. т. X ч. I ясно говоритъ, что «правила о наймѣ купеческихъ прикащиковъ изложены въ Уст. Тор.» А ст. 38 Уст. Суд. Тор. бухгалтеровъ и кассировъ именуетъ «вообще лицами, состоящими при конторѣ истца или отвѣтчика». Ясно, что всѣ эти лица противополагаются купеческимъ приказчикамъ, работающимъ не «*при*» конторѣ, а *въ* магазинѣ.

Упускаетъ изъ виду проф. Каминка и то, что его «буквальное» толкованіе торговыхъ законовъ можетъ имѣть одно прискорбное послѣдствіе. Многія обязанности *прикащиковъ* [2]) санкціонированы уголовными карами и какъ бы смѣло мы ни толковали въ угоду «цѣлесообразности» торговые законы, мы не могли бы распространить постановленія *уголовнаго* закона, вообще не подлежащія распространительному толкованію, на торговыхъ служащихъ, и получился бы нежелательный дуализмъ

---

[1]) Проф. Удинцевъ былъ болѣе проницателенъ, когда на стр. 128—130 своего извѣстнаго труда «Русское торгово-промышленное право» подробно доказывалъ то, что *функціи* этихъ служащихъ фактически въ жизни сливаются. Проф. Каминка, взявъ въ ковычки приведенную выше цитату изъ сочиненія проф. Удинцева, исказилъ ея текстъ, замѣнивъ слово «*функціи*» словомъ «*категоріи*» («категоріи сливаются»), и такимъ образомъ стеръ послѣдній намекъ на оправданіе цѣлесообразности при разрѣшеніи этого вопроса!—Неправъ проф. Каминка и вообще своей ссылкой на авторитетъ проф. Удинцева. Проф. Удинцевъ на стр. 128—130 разсуждаетъ повидимому de lege ferenda, такъ какъ на стр. 131, перейдя къ толкованію положительнаго матеріала, держится иного воззрѣнія.

[2]) Напр. ст. 1187 Улож. о Нак. (храненіе коммерч. тайны), ст. 1183 Улож. о Нак. (отвѣтственность купца, принявшаго прикащика безъ разсчетнаго свидѣтельства). Ср. еще ст. 12 Уст. Тор. «унимать домашней строгостью».

при истолкованіи одного и того же положительнаго матеріала [1]). И если бы, наконецъ, мы пожелали привлечь при разрѣшеніи интересующаго насъ вопроса соображенія *цѣлесообразности* (конечно, не въ томъ смыслѣ, какъ ее понимаетъ проф. Каминка!), то мы могли бы скорѣе склониться, именно, къ различенію указанныхъ двухъ категорій служащихъ, а не къ ихъ сліянію. Какъ извѣстно, Уст. Т. отличается крайнимъ формализмомъ, отъ его постановленій вѣетъ средневѣковьемъ, и чѣмъ болѣе мы будемъ вливать въ него болѣе жизненныя начала общегражданскаго права, тѣмъ больше мы будемъ приближаться къ справедливости, и, слѣдовательно,—къ цѣлесообразности, ибо справедливость есть, въ концѣ концовъ, цѣль всякаго правопорядка [2]).

Какъ видимъ, изложеніе автора далеко отъ того, чтобы убѣдить насъ въ правильности защищаемаго имъ воззрѣнія.

Изъ прочихъ вопросовъ съ особенной тщательностью авторъ останавливается на интересномъ и важномъ вопросѣ о допустимости запрещенія служащимъ, по оставленіи занимаемаго имъ мѣста, дѣятельности, «конкуррентной бывшему хозяину» (Wettbewerbsverbot). Съ особеннымъ вниманіемъ останавливается авторъ на постановленіяхъ новаго германскаго торговаго Уложенія и австрійскаго закона 1910 года. Къ сожалѣнію, авторъ ни полъслова не посвящаетъ по этому вопросу ни русскому, ни французскому праву, хотя по послѣднему праву онъ могъ бы использовать богатую судебную практику объ «interdiction de s' établir» (примѣнительно къ § 1780 Code Civil) [3]).

---

[1]) Мало того. Какъ извѣстно, ограничительныя постановленія распространительному толкованію не подлежатъ. А ст. 29 Уст. Тор. для прикащиковъ установляетъ мѣсячную давность для требованія съ хозяина заслуженнаго вознагражденія. Очевидно, что эта статья не можетъ касаться прочихъ служащихъ.

[2]) Самъ авторъ на стр. 194 привелъ рѣш. Сената, признавшаго, что бухгалтеръ, служившій безъ письменнаго договора, лишенъ права на взысканіе жалованья и убытковъ отъ досрочнаго увольненія (хороша справедливость!), а на стр. 197 самъ отмѣчаетъ «ригоризмъ» постановленія ст. 7 Уст. Торг.—Ст. 16 Уст. Торг. запрещаетъ купеческому прикащику производить торгъ на имя хозяина собственными своими товарами. И Сенатъ самъ (К. Р. 1885 № 1442) призналъ, что статья эта не распространяется на бухгалтеровъ.

[3]) Эту юриспруденцію авторъ могъ бы найти хотя бы у того же *Pouillet*, Traité, p. 674—722, которую онъ цитируетъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 225).

Не совсѣмъ точно утвержденіе автора, что при дѣйствіи стараго германскаго торговаго Уложенія злоупотребленія съ «Wettbewerbsverbot» «шли такъ далеко, что съ ними вступилъ въ борьбу имперскій судъ, *признавая недѣйствительными такого рода ограниченія* свободы промысла, гарантированной закономъ всѣмъ» (стр. 207). На самомъ дѣлѣ, Рейхсгерихтъ и при господствѣ стараго германскаго торговаго Уложенія признавалъ силу такихъ соглашеній. Но изъ юридической природы этихъ договоровъ Рейхсгерихтъ вывелъ для ихъ истолкованія правило, что, въ случаѣ сомнѣнія, сила этихъ соглашеній простирается лишь на тѣ случаи, когда разрывъ основного договора между принципаломъ и торговымъ служащимъ произошелъ по винѣ торговаго служащаго, а въ противномъ случаѣ (въ случаѣ вины принципала) «Wettbewerbsverbot» силы не имѣетъ [1]. Какъ видимъ, старая практика вовсе не «признаетъ недѣйствительными такого рода ограниченіе свободы промысла», а стоитъ на той же почвѣ, на которую сталъ § 75 Новаго торговаго Уложенія.

Очеркъ 13-ый посвященъ «*Недобросовѣстной конкурренціи*» (стр. 225—243). Этотъ очеркъ—безспорно самый слабый изъ всей книги проф. Каминки. Скажу даже больше—эта глава не представляетъ рѣшительно никакого научнаго интереса, и заключаетъ въ себѣ, наоборотъ, даже опасность внести путаницу въ нашу отечественную юриспруденцію, не успѣвшую еще освоиться и справиться съ явленіемъ, именуемымъ «недобросовѣстной конкурренціей».

Начинаетъ авторъ съ того, что указываетъ на двѣ системы: французскую и германскую. «Французская судебная практика проявила огромную энергію въ этой борьбѣ, не имѣя на своей сторонѣ, строго говоря, поддержки законодателя. Нѣмецкій судъ обнаружилъ въ этомъ вопросѣ бо́льшую сдержанность. Но, считаясь съ этимъ, германскій законодатель счелъ себя вынужденнымъ взять въ свои руки эту борьбу» (стр. 228). И въ другомъ мѣстѣ (стр. 162) авторъ отмѣчаетъ «большую смѣлость» французскихъ судей въ этомъ вопросѣ.

«Какая изъ этихъ двухъ системъ болѣе цѣлесообразна?—спрашиваетъ авторъ (стр. 228). Намъ думается, что если все

---

[1]) См. R. G., Bd. XX, стр. 106. Старая практика формулирована въ Bd. 59, стр. 79.

различіе между двумя системами сводится у автора къ «большей смѣлости» французскихъ судей, то отвѣтъ не долженъ затруднить автора,—онъ и не затруднилъ его, какъ увидимъ ниже. Но наврядъ ли научно критеріемъ различія двухъ системъ выставлять «смѣлость судей». Откуда эта смѣлость?

Проф. Каминка не принялъ во вниманіе, что различіе французской и германской системъ имѣетъ свое историческое оправданіе, и вмѣшательство законодателя въ Германіи вовсе не обязано тому обстоятельству, что «судъ обнаружилъ въ этомъ вопросѣ большую сдержанность». Дѣло въ томъ, что въ силу историческихъ условій, свобода промысла понимается французскими юристами въ смыслѣ отграниченнаго, и ограниченнаго лояльными средствами конкурренціи, *права*. Французская доктрина исходитъ, именно, отъ признанія абсолютнаго *субъективнаго права* всякаго промышленника на осуществленіе актовъ конкурренціи съ цѣлью расширенія сбыта товаровъ, и это право, какъ и всякое другое право, не можетъ быть использовано во зло: «abus de droit» не есть право [1]). Наоборотъ, въ Германіи «право свободной конкурренціи» не развилось, какъ особый правовый институтъ и необщепризнанъ. Оно существуетъ, какъ «право» жить, дышать, гулять и пр. Промышленнная область есть область свободы, въ которой каждому отдѣльному дѣйствію отнюдь не ищутъ особаго правоваго титула. Конкурренту изначала все дозволено, что не запрещено особымъ положительнымъ запретомъ законодателя [2]) [3]).

Не расширяя такъ далеко горизонты своего полу-популярнаго и полунаучнаго изложенія, проф. Каминка остается на

---

[1]) *R. A. Katz.* Die unredliche Konkurrenz. 1892 г., 9, 17., *Finger.* Reichsgesetz vom. 7 Juni 1909 (Aufl). 1910, стр. 4.

[2]) *O Mayer.* Die concurrence déloyale. Zeitschr. f. Handelsr. XXVI. 309; *Lobe.* Der unl. Wettbewerb. 1907. I, 117; *Finger*, o. c. 5: вся хозяйственная дѣятельность находится, вслѣдствіе признанной свободы промысла внѣ всякаго права и есть лишь осуществленіе общей естественной свободы дѣйствія.

[3]) Лишь въ послѣднее время, благодаря популярности теоріи личныхъ правъ (Persönlichkeitsrechte) (Gierke, J. Kohler, Kuhlenbeck и др.), общая свобода промысла стала конструироваться, какъ особое гражд. *право*, и недобросовѣстная конкурренція,—какъ вторженіе въ «Individualrechte» конкуррента. Dernburg. Das bürg. R. II, 735 надѣется, что рано или поздно получитъ признаніе та идея, что «свобода промысла есть субъективное гражд. право».

поверхности вопроса, который онъ и разрѣшаетъ съ необычайной легостью. Соглашаясь справедливо съ тѣмъ, что нельзя a priori судить о достоинствахъ судебной системы, не зная судебной организаціи данной страны (стр. 228), авторъ все же находитъ возможнымъ поставить «только» вопросъ о томъ: «какой изъ этихъ двухъ путей является болѣе радикальнымъ средствомъ борьбы» и находитъ, что «путь судебной борьбы представляется менѣе совершеннымъ» (стр. 228).

Доказательства? Авторъ вспоминаетъ, что русскій судъ затруднился въ извѣстномъ дѣлѣ конфетной фабрики подъ фирмой «А. И. Абрикосовы Сыновья». Ну, а затруднился бы въ этомъ дѣлѣ французскій судъ—спросимъ мы?—Ни одной минуты [1])! Одинъ и тотъ же путь будетъ радикальнымъ во Франціи и нерадикальнымъ въ Россіи. Какую же цѣнность при этихъ условіяхъ имѣетъ ссылка на дѣло Абрикосова?

«Далѣе—продолжаетъ проф. Каминка—неудобства этого пути заключаются въ томъ, что онъ ставитъ борьбу въ полную зависимость отъ частной инициативы. Между тѣмъ, очень часто недобросовѣстный пріемъ торговли, нанося самый существенный вредъ интересамъ публики, не поражаетъ правъ отдѣльнаго лица, которое могло бы взять на себя иниціативу процесса» (стр. 228).

Это разсужденіе по меньшей мѣрѣ нелогично. Мы даже отказываемся понимать его смыслъ. Вѣдь, законодательная регламентація вопроса о недобросовѣстной конкурренціи вовсе и не направлена на охрану интереса *публики*, а направлена только на огражденіе интересовъ—матеріальныхъ и нравственныхъ—*торговцевъ*. Какъ увидимъ ниже, эта простая истина ускользнула изъ вниманія проф. Каминки.

Но при чемъ тутъ рѣчь о какой то «иниціативѣ»? [2]) Развѣ можно противопоставлять судебную систему законодательной, какъ противоположеніе «частной» и «публичной» иниціативы? Какія законодательства какихъ временъ имѣетъ въ виду авторъ? Быть можетъ, мы не понимаемъ мысли автора, но долгъ автора—

---

[1]) Судебная практика собрана у Pouillet. Traité des marques de fabrique. Paris, 1906 г. №№ 461 сл.

[2]) Быть можетъ, проф. Каминка имѣетъ въ виду адѣсь вмѣшательство «Verbände zur Förderung gewerblichen Interessen»?—но о нихъ онъ не говоритъ ни полъслова.

писать такъ свои ученыя «пособія къ лекціямъ», чтобы ихъ можно было понимать безъ дальнѣйшихъ разъясненій.

Какъ же опредѣляетъ сущность понятія «недобросовѣстной конкурренціи» проф. Каминка? Мы должны отмѣтить здѣсь одно прискорбное явленіе. Проф. Каминка, повидимому, не уяснилъ себѣ цѣль законовъ о недобросовѣстной конкурренціи. На стр. 233 онъ упрекаетъ кого то въ томъ, что «отношенія конкуррирующихъ между собою предпринимателей» «не выдѣляются особо при разсмотрѣніи вопроса о недобросовѣстной конкурренціи». Намъ думается, что недобросовѣстная конкурренція, какъ показываетъ само слово, предполагаетъ отношеніе между конкуррентами: одинъ конкуррентъ стремится вытѣснить съ рынка другого. Ясно, что публика играетъ роль объекта [1]), но не стороны въ этой борьбѣ. И всѣ комментаторы германскаго закона согласны въ томъ, что охрана интересовъ потребителя противъ обмана не есть непосредственная цѣль закона [2]). Торжество доброй вѣры среди конкуррентовъ лишь косвенно служитъ интересамъ покупателей! И вотъ, въ то время, какъ европейская законодательная и судебная практика, равно какъ и доктрина единодушны въ томъ, что органы государственной власти вмѣшиваются въ область дѣловой конкурренціи, не съ т. з. потребителей, а съ т. з. промышленниковъ—конкуррентовъ [3])—проф. Каминка въ своихъ разсужденіяхъ исходитъ, именно, отъ интересовъ, *публики* (стр. 233, 234, 235 236), и, повидимому, предполагаетъ, что недобросовѣстность торговца, prima facie, направлена противъ «широкой публики» (стр. 234) [4]). Этимъ разсужденіемъ авторъ погрѣшаетъ и

---

1) Кліентура (Kundschaft) есть лишь «Angriffsobject» *E. Müller*. Das Reichsgesetz von 27 mai 1896, стр. 8, *Crome*, System, III, 1030.

2) *I. Bachem*. Das Gesetz zur Bekämpfung des unlaut. Wettbew. 1896, стр. 3. Признакъ недобросовѣстной конкурренціи вовсе не лежитъ въ томъ, нанесенъ ли вредъ обманутой публикѣ или нѣтъ:—*Binding*. Lehrbuch. 506: «остріе деликта (недобр. конкур.) направлено не противъ имущественныхъ правъ покупателей, а противъ опредѣленнаго блага въ имуществѣ конкуррента»

3) По отношенію къ покупателямъ всѣ мѣры привлеченія дозволены. *O. Mayer*, ук. ст., 377; *L Fuld*. Das Reichsgesetz von. 27 mai 1896, стр. 7.

4) «Задача законной конкурренціи заключается въ привлеченіи возможно большей кліентелы. Но привлеченіе это не должно преслѣдовать задачи вовлеченія публики въ невыгодныя или нежелательныя для нея сдѣлки. Наоборотъ, пріемы эти должны публикѣ помогать разбираться въ

противъ историческаго исходнаго пункта борьбы законодателя съ недобросовѣстной конкурренціей и противъ нормъ существующихъ законодательствъ. Такіе пріемы, какъ «Quantitäts=und Herkunftsverschleierungen» (§ 11 Зак. 1909 г.), не причиняютъ вреда покупателямъ и все же квалифицируются, какъ акты недобросовѣстной конкурренціи [1]). Очевидно, «невыгодность или нежелательность» для публики заключенія данной сдѣлки—совершенно случайный вопросъ въ дѣлѣ опредѣленія недобросовѣстной конкурренціи.

Проф. Каминка думаетъ дать свое опредѣленіе этого понятія. Что это за опредѣленіе мы увидимъ ниже. Но здѣсь отмѣтимъ одинъ важный логическій промахъ автора. Всѣ западно-европейскіе ученые конструированію понятія недобросовѣстной конкурренціи предпосылаютъ изслѣдованіе того, что́ является здѣсь предметомъ нарушенія: права личности конкуррента? его имущество?—Вопросъ этотъ споренъ и очень труденъ, ибо онъ предполагаетъ предварительное установленіе общихъ точекъ зрѣній на сущность субъективнаго права, задачи гражданскаго права, объемъ понятія имущества и т. д., и т. д. Но отъ этого вопроса нельзя уклониться, разъ авторъ хочетъ намъ дать научное опредѣленіе понятія недобросовѣстной конкурренціи, ибо не зная предмета, страдающаго отъ деликта, мы не можемъ выяснить и предмета защиты.

Проф. Каминка обходитъ всѣ эти вопросы полнымъ молчаніемъ и сразу приступаетъ къ дѣлу. Онъ указываетъ, что общая норма ст. 826 B.G.B. была безсильна восполнить казуистику закона 1896 г. о недобр. конкурренціи, а потому потребовалась ст. 1 закона 1909 г. «Отличія этого спеціальнаго закона заключаются въ томъ, что во 1-хъ, не требуется *умышленности* при совершеніи дѣйствій, противныхъ добрымъ нравамъ; во 2-хъ, нѣтъ надобности, чтобы дѣйствія эти, причинили другому вредъ для того, чтобы ихъ слѣдовало признать дѣйствіями неправомѣрными и потому подлежащими требованію

сравнительныхъ достоинствахъ фирмъ и предлагаемыхъ ими публикѣ товарахъ и услугахъ. Понятно, всѣ пріемы, которые ведутъ къ цѣлямъ противоположнымъ должны быть вмѣстѣ съ тѣмъ признаны пріемами недобросовѣстной конкурренціи» (стр. 235).

[1]) И примѣръ самого проф. Каминки съ египетскимъ хлопкомъ (на стр. 235—236) не подтверждаетъ его построенія.

прекращенія. Намъ думается, что, именно, въ этихъ особенностяхъ и ключъ (!) къ объясненію современнаго понятія недобросовѣстной конкурренціи» (стр. 235).

Это разсужденіе очень и очень неубѣдительно. Невредоносность дѣйствія вовсе не есть отличіе новаго закона, ибо для ряда деликтовъ не требовалось этого признака и въ старомъ законѣ 1896 г. Невѣрно и то, что ст. 826 B.G.B. безусловно требуетъ наличности убытка. На практикѣ этотъ § рождаетъ не только «Schadensersatzklage», но и «Unterlassungsklage» [1]).

Далѣе. Проф. Каминка упускаетъ изъ виду, что противоположеніемъ § 826 B.G.B. и § 1 Зак. 1909 г. не исчерпывается весь вопросъ объ юридической природѣ и сущности «недобросовѣстной конкурренціи», такъ какъ, вѣдь, и до изданія закона 1909 г. судебная практика въ Германіи реагировала и противъ *неумышленныхъ* актовъ недобросовѣстной конкурренціи, привлекая общія нормы B.G.B.: именно,—§ 823 для виновныхъ и § 1004 для невиновныхъ оскорбленій «абсолютнаго права» промысла [2]). И что же? Хотя нѣмецкая наука привлекала больше матеріала для построенія понятія «недобросовѣстной конкурренціи», чѣмъ проф. Каминка (именно,—кромѣ § 826 еще и §§ 823 и 1004 B.G.B.), но и до настоящаго времени она не можетъ похвастаться тѣмъ, что нашла «*ключъ*» къ объясненію понятія недобросовѣстной конкурренціи [3]).

Вотъ почему, указаніе проф. Каминки на то, что законъ 1909 г. «не требуетъ умышленности», далеко отъ того, чтобы подвинуть насъ, хотя бы на волосъ впередъ по пути разрѣшенія вопроса о сущности недобросовѣстной конкурренціи. Итакъ, противоположеніе § 826 B G B. и § 1 Закона 1909 г. «ключа къ объясненію современнаго понятія недобросовѣстной

---

1) *Lobe*, ук. соч., 141.

2) И это стало возможнымъ потому, что судебная практика реципировала точку зрѣнія *французской* доктрины и стала усматривать въ отвращеніи кліентуры случай неправомѣрнаго поврежденія права собственности. *Finger*, ук. соч. 15; *Lobe*, ук. соч. 142.

3) Одни ученые усматриваютъ въ кліентурѣ «ein ausserhalb des Menschen liegendes Rechtsgut», на которое лицо имѣетъ абсолютное право,—другіе ученые усматриваютъ здѣсь защищенное абсолютнымъ правомъ, связанное съ человѣкомъ, личное благо (Persönlichkeitsgut).

конкурренціи» дать не можетъ. И въ самомъ дѣлѣ, что за опредѣленіе даетъ намъ проф. Каминка? Вотъ оно: «Граница, отдѣляющая конкурренцію добросовѣстную отъ недобросовѣстной, должна проходить тамъ, гдѣ кончаются пріемы, полезные съ точки зрѣнія правильно поставленнаго торговаго оборота, построеннаго на принципахъ добросовѣстнаго отношенія предпринимателя къ своей кліентелѣ» (стр. 235).

Эта формула представляется намъ безсодержательной. «Граница... должна проходить тамъ, гдѣ кончаются пріемы»... Но, гдѣ же это имѣетъ мѣсто!? Мы, именно, спрашиваемъ, гдѣ начинаются недозволительные пріемы конкурренціи, а намъ отвѣчаютъ: тамъ, гдѣ кончаются дозволительные. Опредѣленіе проф. Каминки неудачно и въ другомъ отношеніи: оно не охватываетъ *всѣхъ* формъ проявленія недобросовѣстной конкурренціи, предусмотрѣнныхъ законодателемъ. Это, повидимому, чувствовалъ самъ проф. Каминка, который на стр. 243 прим. 1 оговаривается: «особнякомъ стоятъ въ законѣ 1909 года постановленія, въ силу которыхъ подвергаются серьезнымъ уголовнымъ наказаніямъ, сверхъ гражданской отвѣтственности, виновные въ подкупѣ служащихъ съ цѣлью достиженія особыхъ выгодъ при пріобрѣтеніи товаровъ или промысловыхъ услугъ. Такія мѣры возможны и безъ особаго понятія недобросовѣстной конкурренціи». Но почему авторъ такъ ограничиваетъ понятіе недобросовѣстной конкурренціи? Вѣдь, § 12 закона 1909 г. въ составъ понятія «Schmiergelder» положительно вноситъ признакъ «zu Zwecken des Wettbewerbes»! На стр. 236 авторъ говоритъ: «и если мы обратимся къ разсмотрѣнію закона 1909 г., то убѣдимся, что главное его содержаніе заключается именно въ борьбѣ съ злоупотребленіями, направленными на то, чтобы сообщить публикѣ невѣрныя свѣдѣнія относительно такихъ особенностей товаровъ, которыя могутъ ихъ побудить таковые пріобрѣсти». И это невѣрно! И § 12 (Schmiergelder) и §§ 14, 15 (üble Nachrede), и §§ 17—20 (Geschäfts-und Betriebsgeheimnisse) не имѣютъ ничего общаго съ злоупотребленіями, указанными авторомъ.

Мало того! Исходный пунктъ борьбы въ Германіи противъ недобросовѣстной конкурренціи было именно нарушеніе торговыхъ и фабричныхъ тайнъ [1]), т. е. дѣянія вовсе не направ-

---

[1]) *Lobe*, ук. соч. 122, 126.

ленныя противъ интересовъ публики. Какъ все это согласовать съ построеніями проф. Каминки?!

Повторяемъ, рец. глава о недобросовѣстной конкурренціи не отличается ни ясностью, ни оригинальностью построеній, ни убѣдительностью выводовъ.

За поверхностнымъ изложеніемъ, какъ германской, такъ даже и французской юриспруденціи по одному источнику—по книгѣ Finger'a,—чувствуется отсутствіе у автора знанія литературы вопроса, не говоря уже—судебной и законодательной практики [1]). Это и не дало ему возможности разобраться въ такомъ кардинальной важности отдѣлѣ торговаго права, какъ ученіи о борьбѣ съ недобросовѣстной конкурренціей.

Слѣдующіе девять очерковъ занимаетъ ученіе о *товариществахъ*. Проф. Каминка—авторъ обширнаго изслѣдованія объ «акціонерныхъ компаніяхъ (т. I)»—несомнѣнно можетъ считаться виднымъ спеціалистомъ по этому отдѣлу торговаго права. Этимъ, повидимому, и надо объяснить то, что авторъ удѣляетъ почти половину своей книги изслѣдованію разныхъ формъ товарищескихъ единеній. И надо признать, что главнѣйшій упрекъ, который заслуживаетъ авторъ въ этой части своей работѣ: излишняя детализація вопроса, приведшая къ крайней неравномѣрности отдѣльныхъ частей «пособія къ лекціямъ».

Авторъ подчеркиваетъ противорѣчіе между сложившейся системой гражданскаго права и интересами жизни, требовавшими совершенно иныхъ пріемовъ конструированія отношеній въ области союзнаго права (стр. 249) [2]). Соотвѣтственно

---

[1]) На стр. 231 въ прим. авторъ утверждаетъ, что швейцарское законодательство не знаетъ общаго закона противъ недобросовѣстной конкуренціи. Это невѣрно. Новое швейцарское обязательственное право 30 марта 1911 г. въ ст. 48 содержитъ общую статью для борьбы съ недобросовѣстной конкурренціей. Не правъ авторъ, утверждая дальше, что и отдѣльные швейцарскіе кантоны не знаютъ спеціальныхъ законовъ о недобросовѣстной конкуренціи. Всѣ почти кантоны нѣмецкой Швейцаріи давно уже имѣютъ такіе законы. Авторъ могъ бы найти всѣ эти свѣдѣнія хотя бы въ той же статьѣ въ *Conrads* Handwörterbuch für Staatswissenschaften, которую онъ цитируетъ самъ.

[2]) «Юристъ долженъ всегда тщательно изучать сущность конструируемыхъ имъ явленій, и когда она не укладывается въ традиціонныя конструкціи, какъ это мы имѣемъ возможность особенно часто наблюдать именно въ области союзнаго строя, не слѣдуетъ тѣснить ихъ въ

этому, авторъ настаиваетъ на несообразности признанія всѣхъ видовъ торговыхъ товариществъ юридическими лицами и удивляется, «какимъ образомъ французскіе юристы могли не замѣтить совершенной искусственности своей фигуры юридическаго лица и его распространенія въ одинаковой мѣрѣ на всѣ формы товарищескаго соединенія» (стр. 274). Несообразны и попытки конструировать всѣ торговыя товарищества, какъ римское societas (стр. 281).

Авторъ предлагаетъ другой методъ изслѣдованія. «Только при наличности опредѣленныхъ признаковъ, характеризующихъ самостоятельнаго носителя правъ и обязанностей, мы признаемъ союзъ юридическимъ лицомъ. Однако, эти особенности юридическаго лица не составляютъ его монополіи, только ихъ комбинація (!) образуетъ носителя правъ и обязанностей. Но засимъ эти признаки въ иной комбинаціи, быть можетъ, не въ столь выработанномъ и законченномъ видѣ, встрѣчаются и въ другихъ союзахъ, которыхъ мы, тѣмъ не менѣе, не можемъ признать юридическими лицами. Не придавая, поэтому, союзу положенія отдѣльнаго субъекта правъ, свойства эти придаютъ ему своеобразное положеніе, болѣе или менѣе рѣзко отличающее его отъ обычныхъ чисто личныхъ отношеній римскаго товарищества. Отсюда юридическая возможность союзовъ съ чертами, болѣе или менѣе рѣзко выраженными, самостоятельнаго носителя правъ, но въ тоже самое время несомнѣнно лишенныхъ этой позиціи субъектовъ правъ» (стр. 284).

Но что же такое эта «*комбинація*» признаковъ, которая отличается, по мысли автора, отъ простой совокупности этихъ признаковъ? Это вопросъ кардинальный, ибо отъ этой «комбинаціи», какъ видимъ, зависитъ разрѣшеніе вопроса о томъ, есть ли данное товарищество юридическое лицо? На это недоумѣніе мы не находимъ яснаго отвѣта у автора. И какіе же именно «*признаки*» характеризуютъ при извѣстной комбинаціи форму товарищескаго союза? Авторъ ниже (стр. 285, 297 сл., passim) говоритъ о «предпринимательскомъ» (личная энергія,

---

эти непригодныя для нихъ формы или дѣлать въ этихъ формахъ исправленія, которыя, нарушая ихъ стройность, въ тоже время не охватываютъ и изучаемыхъ явленій. Въ этихъ случаяхъ необходимо создавать для нихъ конструкціи, которыя давали бы полный просторъ ихъ особенностямъ» (стр. 251—252).

трудъ) и имущественномъ элементахъ. Но исчерпываются ли этими двумя элементами всѣ «признаки» товарищества? Авторъ въ дальнѣйшемъ изложеніи выдвигаетъ на первый планъ опредѣленіе объема отвѣтственности товарищей. Такъ, для *полнаго товарищества* авторъ считаетъ «жизненнымъ нервомъ» усиленную отвѣтственность товарищей вовнѣ по всѣмъ обязательствамъ товарищества (стр. 298, 303).

Въ виду *полной неопредѣленности его внутренней организаціи* (товарищи по своему усмотрѣнію регулируютъ свои внутреннія отношенія) [1]), *единственнымъ способомъ придать этой формѣ соединенія кредитоспособность является строгая опредѣленность отвѣтственности членовъ вовнѣ* (стр. 298) [2]).

«И этой отвѣтственностью обусловливается кредитъ товарищества, кредитъ, въ которомъ центръ тяжести для торговаго предпріятія» (стр. 298).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, авторъ отвергаетъ теорію юридической личности полнаго товарищества (стр. 302) и признаетъ его... «товариществомъ *въ болѣе узкомъ смыслѣ этого слова*» (стр. 314).

Нельзя сказать, что послѣднее выраженіе было достаточно опредѣленно и способно было точно охарактеризовать юридическую структуру этой формы соединенія! Но прежде чѣмъ перейти къ критикѣ этого вывода, посмотримъ, какую научную цѣнность представляютъ сами логическіе разсужденія автора.

Проф. Каминка, какъ мы видѣли, утверждаетъ, что усиленная отвѣтственность товарищей въ полномъ товариществѣ нужна для обезпеченія *кредитоспособности товарищества*, которой де угрожаетъ та свобода, съ которой устраиваютъ свои внутреннія отношенія товарищи. Въ этомъ—говоритъ тотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ—историческая идея неограниченной

---

[1]) Авторъ (стр. 308—313), повидимому, предполагаетъ, что единственнымъ основаніемъ возникновенія товарищества является особый товарищескій *договоръ*. Между тѣмъ, по практикѣ Сената, при извѣстныхъ условіяхъ возможно установленіе полнаго товарищества и духовнымъ завѣщаніемъ (Рѣш. 4 Д-та 1890 № 313).

[2]) На стр. 301 авторъ утверждаетъ, что до К. Р. 1907 № 48 «принципъ прямой отвѣтственности (полныхъ товарищей), ея примарный характеръ не пріобрѣлъ общаго признанія». Это не совсѣмъ такъ. Сенатъ держался, именно, принципа германскаго законодательства: отвѣтственность товарищества возникаетъ одновременно съ отвѣтственностью отдѣльныхъ товарищей. (4-ый Д-тъ, 1894/663).

отвѣтственности товарищей, установленной законодателемъ въ ту эпоху, «когда кредитъ пріобрѣталъ впервые серьезное значеніе для дѣлового оборота» (стр. 358).

Какъ мало продуманы проф. Каминкой всѣ эти соображенія, показываетъ очеркъ 17-ой: «происхожденіе полнаго товарищества». Ходъ мысли у автора въ этомъ Очеркѣ таковъ.

Возникновеніе полнаго товарищества тѣсно связано съ семьей (286). Изъ семейнаго союза (основаннаго на трудовомъ началѣ) образовалось промысловое предпріятіе (стр. 288). Выдѣляется особое имущество семьи, въ интересахъ совмѣстнаго производства (291), и тогда возникаетъ вопросъ объ отвѣтственности отдѣльнаго участника по обязательствамъ семьи—предпріятія (стр. 292). Однако, въ условіяхъ чисто мѣнового оборота, когда кредитъ еще не имѣлъ никакого значенія, эта отвѣтственность не представляла никакой опасности (стр. 292).

Только по мѣрѣ того, какъ отдѣльный человѣкъ выдвигался изъ обезличивающей его семьи, становился практически важнымъ вопросъ: отвѣчаетъ ли товарищъ за товарища?

«*Эта отвѣтственность отнюдь не была установлена съ цѣлью созданія для предпріятія кредитнаго базиса.* Это очень важное обстоятельство, на которое слѣдуетъ обратить особое вниманіе (!). И именно потому, что *эта отвѣтственность не была создана въ интересахъ третьихъ лицъ* (!), но лишь въ виду характера внутреннихъ отношеній между товарищами, ничто не мѣшало товарищамъ, вмѣстѣ съ измѣненіемъ этихъ отношеній, измѣнить характеръ своей отвѣтственности» (стр. 293).

Какъ объяснить это противорѣчіе? Въ очеркѣ 18-омъ проф. Каминка доказываетъ, что неограниченная отвѣтственность товарищей была создана въ интересахъ *кредитоспособности* товарищества сознательной волей законодателя, а въ очеркѣ 17-омъ проф. Каминка доказываетъ, что неограниченная отвѣтственность не была установлена съ цѣлью созданія для предпріятія кредитнаго базиса, и весь этотъ вопросъ связанъ съ исторіей происхожденія полнаго товарищества изъ семьи.

Забывъ то, что онъ говорилъ въ Очеркѣ 18-омъ, проф. Каминка въ очеркѣ 22-омъ [«товарищества съ ограниченной отвѣтственностью»] опять не ставитъ внутреннихъ отношеній товарищества въ неразрывную связь съ опредѣленіемъ отвѣтственности товарищей. Новый институтъ, выросшій на германской почвѣ: «товарищества съ ограниченной отвѣтственностью»:

по выраженію самого же автора: «опрокидываетъ довольно твердо установившійся взглядъ на ограниченную отвѣтственность товарищей, какъ на особую привилегію, которую законодатель можетъ предоставлять предпринимателямъ только въ видѣ особаго исключенія, когда онъ вмѣстѣ съ тѣмъ принимаетъ серьезныя мѣры къ тому, чтобы гарантировать кредиторовъ противъ злоупотребленій со стороны предпринимателей этимъ правомъ ограниченной отвѣтственности» (стр. 375) [1]).

Наврядъ ли подобными не вполнѣ продуманными разсужденіями авторъ сдѣлалъ особенно цѣнный вкладъ въ литературу вопроса объ юридической природѣ полныхъ товариществъ.

Отвергая конструкцію полнаго товарищества, какъ юридическаго лица, авторъ ссылается на германскихъ ученыхъ (стр. 271), на «огромное практическое значеніе» (стр. 304) въ защиту своего отношенія къ этому воззрѣнію. Къ сожалѣнію, авторъ не углубилъ своего изслѣдованія въ сторону практическаго значенія конструкціи полнаго товарищества, принятой нашимъ Сенатомъ. За послѣднее время русская судебная практика (послѣ К. Р. 1907/48) дала намъ нѣсколько рѣшеній различныхъ инстанцій, въ которыхъ проглядываетъ непріемлемость конструкціи Сената. Но тоже изученіе живой дѣйствительности показало бы автору, что дѣло здѣсь вовсе не такъ просто. Сама германская практика, на которую неоднократно, но огульно, ссылается авторъ, хотя и признаетъ, что «die offene Handelsgesellschaft keine selbständige, von den Gesellschaftern verschiedene Person ist», однако, въ отдѣльныхъ случаяхъ находится въ затрудненіи при проведеніи логическихъ выводовъ изъ этого тезиса [2]). Самъ Рейхсгерихтъ, отвергая юридическую

---

[1]) Далѣе авторъ оговаривается, что въ настоящее время законодатель «болѣе не видитъ единственнаго спасенія въ неограниченной отвѣтственности, придавая серьезное значеніе тому, что характеръ отвѣтственности участниковъ становится *извѣстнымъ* всѣмъ, приходящимъ съ этимъ товариществомъ въ дѣловыя сношенія» (стр. 358—359). Этими разсужденіями авторъ очевидно обезсиливаетъ тѣ соображенія, которыя онъ высказалъ на стр. 297—299, примѣнительно къ полнымъ товариществамъ.

[2]) См. напр. R.G. 2 нояб. 1903 г., Bd. 56, № 24. Два собственника земельнаго участка отчудили его нотаріальнымъ договоромъ полному товариществу, раньше ими же основанному. Ни «*Auflassung*», ни «*Eintragung*» произведено не было. Былъ открытъ конкурсъ надъ имуществомъ полнаго товарищества, и отъ конкурснаго Управленія потребовало громадной

личность за полнымъ товариществомъ, долженъ признаваться, что «точное опредѣленіе отношенія, въ которомъ стоятъ сотоварищи къ товарищескому имуществу, представляетъ затрудненія» [1]).

Изученіе нѣмецкой судебной практики показываетъ намъ, что огульныя ссылки на «запросы жизни», «потребности практики», на которыя любятъ ссылаться противники Сената, есть обоюдоострое оружіе. Жизнь слишкомъ разнообразна и богата, и ссылки на ея запросы должны быть очень осторожны.

Перейдемъ теперь къ *акціонернымъ компаніямъ*. Этотъ видъ корпорацій авторъ рѣшительно признаетъ юридическими лицами. Авторъ называетъ «одностороннимъ» то воззрѣніе, которое признаетъ наиболѣе характерной и существенной особенностью акц. к-ій ограниченную отвѣтственность ея участниковъ по обязательствамъ Компаніи. «Достаточно указать,— говоритъ авторъ — что ограниченная отвѣтственность въ настоящее время не составляетъ исключительной привилегіи акціон. компаній» (стр. 317).

суммы то лицо, въ пользу котораго была обременена пожизненной рентой указанная недвижимость. Весь вопросъ сосредоточился въ томъ, перешла ли недвижимость въ собственность полнаго товарищества? Измѣнились ли лица собственниковъ этой недвижимости? Рейхсгерихтъ рѣшило, что здѣсь на лицо—отчужденіе недвижимости. Чтобы выйти съ теоретической точки зрѣнія изъ затруднительнаго положенія, Рейхсгерихтъ пускается въ логическую эквилибристику и утверждаетъ, что здѣсь, правда, нѣтъ «Wechsel in der Person der Eigentümer», но есть «Wechsel im Eigentum», а это достаточно, чтобы признать наличность отчужденія (кому ?!).

[1]) Рейхсгерихту часто приходилось разрѣшать споры въ тѣхъ случаяхъ, когда изъ товарищества, составленнаго изъ двухъ товарищей, выходитъ одинъ товарищъ за опредѣленное вознагражденіе, а другой товарищъ продолжаетъ предпріятіе, принимая на себя и активъ (въ томъ числѣ и недвижимости) и пассивъ его. Нужна ли въ этихъ случаяхъ публичная письменная форма [§ 313 B.G.B.]. При разрѣшеніи этого недоумѣнія вопросъ объ юридической природѣ полнаго товарищества получаетъ всю свою жгучесть. Рейхсгерихтъ отвергъ обязательность письменной формы, но, чтобы прійти къ этому выводу, онъ конструируетъ полное товарищество, какъ «Gemeinschaft zur gesamten Hand», а эту конструкцію онъ считаетъ возможнымъ согласовать съ утвержденіемъ, что сотоварищу принадлежитъ доля не только въ общемъ имуществѣ товарища, но и въ отдѣльныхъ ему принадлежащихъ предметахъ (!!). А потому въ разсматриваемомъ типѣ случаевъ мы-де не имѣемъ переноса права собственности на свою идеальную долю, ни тѣмъ паче—на тѣлесныя отдѣльныя вещи, а имѣемъ «*право приращенія*» (Akkreszenz), для коего никакого оформливанія ненужно. См. R.G. 23 февр. 1907, Bd. 65 № 58, стр. 230.

Намъ думается, что указать на это недостаточно. Аргументъ автора неубѣдителенъ. Вѣдь, и въ артеляхъ, которыя по русскому закону (т. X ч. 1, ст. 2198[12]) несомнѣнно являются юридическими лицами, отвѣтственность членовъ артели неограничена (ст. 2198[19]), и, если бы мы слѣдовали методу проф. Каминки, мы должны были бы признать, что неограниченная отвѣтственность полныхъ товарищей не составляетъ «исключительной привилегіи» полныхъ товариществъ и вмѣстѣ съ тѣмъ отвергнуть этотъ признакъ, какъ «жизненный нервъ» этихъ товариществъ. Этого самъ авторъ не дѣлаетъ. И почему авторъ полагаетъ, что при опредѣленіи понятія мы должны въ основу нашихъ построеній класть только тѣ признаки, которые составляютъ «исключительную привилегію» даннаго объекта изслѣдованія? Такой методъ очень опасный. Напр. самъ авторъ считаетъ характерной особенностью акц. К—ій «опредѣленное, обособленное имущество» (стр. 315—316). А развѣ этотъ признакъ не встрѣчается въ другихъ формахъ единенія (ср. для артели ст. 2128[22] т. X ч. 1)?

Читатель не мало будетъ удивленъ, когда, прочитавъ стр. 317—322, на коихъ авторъ отвергаетъ признакъ ограниченной отвѣтственности для опредѣленія акц. К—іи, онъ дойдетъ до стр. 322, гдѣ авторъ даетъ свое опредѣленіе этого понятія. Вотъ это опредѣленіе: «Акц. К—ія представляетъ собою корпоративный союзъ лицъ (акціонеровъ), образовавшихъ его капиталъ путемъ опредѣленнаго числа равныхъ (нормально свободно отчуждаемыхъ) взносовъ, которые даютъ право на участіе въ союзѣ и которыми исчерпываются имущественныя обязанности акціонеровъ».

Итакъ, поспоривъ съ противниками, увѣривъ, что важенъ «не характеръ отвѣтственности», а причины этой отвѣтственности: «совокупность отношеній, связывающихъ предпринимателей въ данное предпріятіе» (стр. 318), авторъ все же вноситъ въ свое опредѣленіе признакъ ограниченной отвѣтственности акціонеровъ!

Указанное опредѣленіе вообще неполно. Оно не указываетъ на *договоръ*, какъ основаніе акціонернаго соединенія, и умалчиваетъ о цѣли «корпоративнаго союза лицъ»: совмѣстное производство торговаго промысла.

Послѣдній 23-й очеркъ посвященъ «*предпринимательскимъ союзамъ*». Въ этомъ очеркѣ авторъ занимается картелями, ко-

торыя онъ опредѣляетъ, какъ «соединенie предпринимателей, стремящихся къ повышенiю цѣнъ или предупрежденiю ихъ паденiя помощью или совершеннаго исключенiя или ограниченiя конкурренцiи» (стр. 391). Нѣсколько страницъ авторъ посвящаетъ историческому экскурсу (стр. 403 сл.), справедливо замѣчая, что оцѣнка этого явленiя въ значительной мѣрѣ зависитъ отъ того, куда и подъ влiянiемъ какихъ причинъ возникли предпринимательскiе союзы. Отмѣчая вредъ и пользу картельныхъ организацiй, авторъ рекомендуетъ юристамъ и экономистамъ принять мѣры къ тому, чтобы «эти организацiи, принося обществу всю ту пользу, которую можно извлечь изъ этой комбинацiи капиталистическаго и предпринимательскаго элементовъ. приносили бы ему вмѣстѣ съ тѣмъ минимумъ вреда» (стр. 422). Вопросъ о реформѣ картельнаго законодательства,— это въ значительной степени вопросъ о цѣлесообразномъ нормированiи акцiонернаго строя (стр. 424), поэтому на первомъ планѣ надо заняться вопросомъ правильной организацiи акцiонерной Компанiи. Далѣе слѣдуетъ признать подлежащими обязанности регистрацiи всѣ картельныя соглашенiя предпринимателей (стр. 427) и признанiя недѣйствительными сдѣлки, совершенныя картелью, какъ основанныя на недобросовѣстной конкуренцiи» (стр. 433).

Таково—вкратцѣ содержанiе книги проф. Каминки. Если мы сочли возможнымъ дать нѣсколько критическихъ замѣчанiй на главнѣйшiе выводы автора, то справедливость требуетъ отмѣтить и хорошiя стороны рец. труда. Къ этимъ послѣднимъ надо отнести чуткость автора къ запросамъ жизни. Ученый сочетался въ лицѣ проф. Каминки съ практическимъ дѣятелемъ. Онъ учитываетъ всѣ логическiя послѣдствiя изъ создаваемыхъ имъ или другими учеными построенiй, а потому далекъ отъ того, чтобы рѣшать вопросы права «съ плеча», увлекаясь лишь логичной стройностью построенiя. За каждымъ правовымъ явленiемъ онъ чувствуетъ проблему, и это спасло его въ такихъ щекотливыхъ вопросахъ, какъ напр., юридическомъ конструированiи торговыхъ товариществъ, отъ категоричности сужденiй и прямолинейности выводовъ, въ которыя впадаютъ у насъ нерѣдко менѣе осторожные коммерсiалисты. Въ этомъ отношенiи, «Очерки торговаго права» проф. Каминки имѣютъ нѣкоторое преимущество передъ другими отечественными курсами торговаго права.

Т. М. Яблочковъ.

В. О Ключевскій. Характеристики и воспоминанія. Москва. «Научное слово». 1912.

I.

Предъ нами лежитъ заботливо изданный томъ объемомъ въ двѣсти слишкомъ страницъ; художественной работы переплетъ, прекрасная бумага, три отчетливо сдѣланныхъ портрета Ключевскаго въ разные періоды его жизни (1873, 1890, 1911 г.г.) и, наконецъ, умѣренная цѣна—таковы внѣшнія достоинства этой книги; а внутренняя ея цѣнность опредѣляется, прежде всего, тѣмъ, что всѣ эти двѣ сотни страницъ посвящены памяти незабвеннаго русскаго историка, крупнѣйшаго научнаго дѣятеля нашихъ дней, безсмертная заслуга котораго заключается въ томъ, что искрами дарованнаго ему природой таланта онъ освѣщалъ не чужую, а родную намъ исторію...

Книга начинается предисловіемъ проф. Н. А. Умова, который отъ имени редакціи «Научнаго Слова» разсказываетъ въ немногихъ словахъ, какъ относился покойный историкъ къ затѣянному редакціей этого журнала отвѣтственному и трудному дѣлу популяризаціи научнаго знанія: «каждому человѣку»— утверждалъ и писалъ въ редакціонной статьѣ покойный Василій Осиповичъ—«необходимо устойчивое сознаніе, необходимъ твердый общій взглядъ на людей и вещи, а такое сознаніе, такой взглядъ дается только научно выработанному мышленію, пріобрѣтается переработкой разнообразнаго научнаго запаса въ цѣльное воззрѣніе»; эта мысль привела покойнаго историка къ дѣятельной работѣ въ журналѣ, о которой и разсказываетъ Умовъ. За предисловіемъ, принадлежащимъ его перу, слѣдуетъ содержательная статья М. К. Любавскаго, которая носитъ біографическій характеръ: не загромождая своего изложенія ни обиліемъ датъ, ни мелочными подробностями, авторъ, однако же, съ заботливой чуткостью улавливаетъ и подчеркиваетъ всѣ тѣ моменты на жизненномъ пути Ключевскаго, которые не остались безъ вліянія на ходъ его научной работы. Интересенъ разсказъ М. К. Любавскаго объ избраніи Василія Осиповича въ почетные члены московскаго университета: избраніе это было пріурочено къ полувѣковой годовщинѣ освобожденія крестьянъ, и въ представленіи, внесенномъ въ совѣтъ университета, подчеркивалось, что «поступивъ въ студенты въ годъ

великой крестьянской реформы, когда все вокругъ было полно мыслями о русскомъ мужикѣ, Василій Осиповичъ еще на студенческой скамьѣ получилъ соотвѣтствующее умственное возбужденіе и интересъ, которые не оставляли его потомъ во все время его ученой и профессорской дѣятельности; русскій мужикъ, крестьянинъ—земледѣлецъ и промышленникъ, сдѣлался предметомъ его особеннаго и любовнаго вниманія въ историческомъ изученіи и изложеніи».—Если статья Любавскаго посвящена, главнымъ образомъ, *житейской* біографіи почившаго историка, то слѣдующая затѣмъ статья Богословскаго можетъ быть названа по преимуществу *біографіей его таланта;* М. М. Богословскій отмѣчаетъ и анализируетъ всѣ тѣ элементы, изъ которыхъ сложился художественный и научный геній незабвеннаго историка: духовное происхожденіе наслѣдственно вложило въ него любовь къ старинѣ; семинарія дала «закалъ» его мыслительной работѣ, изощрила его въ пріемахъ формальнаго мышленія и этимъ косвенно содѣйствовала точности его языка; а университетъ наполнилъ это формальное мышленіе запасомъ положительнаго знанія. Эта схема элементовъ, чеканившихъ научный геній Ключевскаго, въ общемъ совершенно справедлива, за исключеніемъ, развѣ, гипотезы о положительномъ вліяніи семинаріи на языкъ Ключевскаго: извѣстны вѣдь тѣ варварскіе переводы съ латинскаго, которыми семинарія старыхъ временъ систематически портила русскую рѣчь.—Отмѣтимъ далѣе прекрасную статью Ю. И. Айхенвальда «о Ключевскомъ, какъ мыслителѣ и художникѣ»; нѣсколько мѣткихъ словъ этого автора достойны войти въ любую хрестоматію и въ любую характеристику, посвященную покойному Ключевскому: онъ «не любилъ ученаго щегольства» (стр. 127), онъ «воскрешалъ прошлое, а не препарировалъ его» (стр. 129), «ювелиръ слова, старинный мастеръ мозаики, онъ даетъ непрерывную художественную вязь»; онъ «изысканъ и медлителенъ, первыя слова это не тѣ, которыя употребляетъ Ключевскій» (стр. 133).—Двѣ слѣдующихъ замѣтки, Кизеветтера и Готье, пытаются обрисовать «отошедшаго» историка, какъ« преподавателя» и какъ «руководителя начинающихъ ученыхъ»; первый авторъ подчеркиваетъ, что Василій Осиповичъ соединялъ «удивительный даръ схематизаціи съ яркимъ чутьемъ конкретнаго»; вотъ почему, слушая его, «мы чувствовали себя необыкновенно близко отъ самаго предмета лекціи, какъ будто

тутъ, въ самой аудиторіи, проносилось надъ нами вѣяніе историческаго прошлаго» (стр. 168). Замѣтка Ю. В. Готье носитъ подзаголовокъ: «изъ личныхъ воспоминаній»; изъ своихъ встрѣчъ съ Ключевскимъ въ пору подготовки къ магистерскому экзамену авторъ вынесъ такое впечатлѣніе, что строгость прославленнаго историка къ историкамъ начинающимъ, его скупость на личныя объясненія не была плодомъ душевной сухости и безразличнаго равнодушія; подъ этой строгостью скрывался обдуманный педагогическій пріемъ, желаніе толкнуть молодого ученаго на тернистый, но плодотворный путь самостоятельныхъ изысканій.—Заключительныя страницы книги, занятыя статьей П. Н. Милюкова, имѣютъ такой же, въ сущности, интересъ, такъ какъ авторъ разсказываетъ о впечатлѣніяхъ, произведенныхъ на него сначала лекціями Ключевскаго, потомъ тѣми указаніями, которыя получалъ отъ маститаго профессора «начинающій историкъ» [1]). Въ нашемъ перечнѣ мы пропустили еще двѣ замѣтки, основанныя на воспоминаніяхъ: А. Ѳ. Кони разсказываетъ о своихъ студенческихъ встрѣчахъ съ Василіемъ Осиповичвмъ, о томъ, какъ «студенты-словесники все съ возрастающимъ интересомъ и уваженіемъ упоминали имя своего товарища Ключевскаго»; а С. Ѳ. Платоновъ отмѣчаетъ заочное обаяніе Василія Осиповича, ростъ его популярности въ Петербургѣ, интересъ, возбуждаемый къ нему даже среди тѣхъ, кто не былъ ни его ученикомъ, ни его личнымъ знакомымъ.

II.

Всѣ перечисленныя сейчасъ статьи рецензируемаго сборника ставятъ своей задачей объяснить и освѣтить со всѣхъ сторонъ сильный, разнообразный и оригинальный талантъ, яркой печатью которою отмѣченъ былъ почившій историкъ; все это—разсказы людей, которые испытывали на себѣ дѣйствіе его таланта, то въ качествѣ близкихъ друзей его, то какъ слушатели его лекцій, то какъ вдумчивые читатели его курса. Но какъ ни любопытны страницы, посвященныя этимъ разсказамъ,—настолько любопытны, что иногда хотѣлось бы отъ нихъ больше біографической полноты, больше житейскихъ

---

1) Нѣсколько страницъ своей статьи П. Н. Милюковъ посвящаетъ политическому міровоззрѣнію почившаго историка.

подробностей,—однако не въ нихъ заключается основная внутренняя цѣнность лежащаго предъ нами сборника. Талантъ, дарованный отъ Бога, есть лишь сложное и тонкое орудіе, искусной работой котораго мы съ наслажденіемъ любуемся, но которое цѣнится нами не само по себѣ, а лишь по плодамъ и результатамъ его творческой дѣятельности; намъ интересно послушать разсказы людей, которые приходили въ соприкосновеніе съ талантомъ въ процедурѣ его работы и впечатлѣнія которыхъ преломились въ сверкающихъ переливахъ его игры; но мы знаемъ также, что Василій Осиповичъ Ключевскій своего таланта въ землю не зарылъ, что орудіемъ, дарованнымъ ему отъ природы, онъ много лѣтъ распоряжался, какъ неутомимый и усердный работникъ; вотъ почему развертывая книгу, на обложкѣ которой стоитъ его имя и его портретъ, мы ищемъ прежде всего *оцѣнки историческаго наслѣдства*, имъ оставленнаго, важнѣйшихъ итоговъ его многолѣтней и усердной работы...

Нужно отдать справедливость сотрудникамъ и авторамъ сборника, о которомъ идетъ рѣчь: они не захотѣли свалить со своихъ плечъ этой отвѣтственной и трудной задачи; не со слезой только печали и скорби подошли они къ гробу своего недавняго учителя, а съ горячимъ и вдумчивымъ желаніемъ разсмотрѣть и оцѣнить тотъ историческій багажъ, съ которымъ онъ завѣщалъ имъ итти по безконечному пути историческаго знанія. По мѣткому слову одного изъ участниковъ сборника, «глубокій и тонкій изслѣдователь историческихъ явленій, Ключевскій самъ сталъ теперь законченнымъ историческимъ явленіемъ, крупнымъ историческимъ фактомъ нашей умственной жизни; этотъ фактъ требуетъ изслѣдованія, объясненія и изученія» (стр. 26). Первая попытка представить такое «объясненіе» посвящена основному вопросу въ оцѣнкѣ историко-научнаго значенія Ключевскаго: какія историческія идеи взялъ онъ отъ своихъ предшественниковъ, до него работавшихъ на нивѣ историческаго знанія, что онъ выбросилъ изъ наслѣдства, ими оставленнаго, и какими новыми идеями увеличилъ онъ это наслѣдство, какъ рачительный и искусный хозяинъ?

Отвѣтъ на эти вопросы содержится въ двухъ важнѣйшихъ статьяхъ сборника: М. К. Любавскій проводитъ параллель между Ключевскимъ и Соловьевымъ (стр. 45—59), а Б. И. Сыромятниковъ подъемлетъ на плечи труднѣйшую, но благодарную задачу установить отношеніе Ключевскаго къ Чиче-

рину.—Эти два имени, Соловьевъ и Чичеринъ, тѣсно связаны съ личностью и дѣятельностью покойнаго историка: сначала студентомъ, а потомъ молодымъ работникомъ науки, онъ слушалъ лекціи обоихъ ученыхъ, и по собственному его признанію онѣ оказали на него большое и длительное вліяніе; въ особенности глубокимъ уваженіемъ окружалъ покойный Василій Осиповичъ автора «Исторіи Россіи съ древнѣйшихъ временъ» и со своей неизмѣнной скромностью до конца дней своихъ любилъ называть себя его «ученикомъ». Въ своей содержательной статьѣ проф. Любавскій пытается подвести итоги этого «ученичества», уловить въ научномъ творчествѣ Ключевскаго слѣды Соловьевскихъ историческихъ вліяній; по мнѣнію автора, Соловьевъ прежде всего навѣялъ своему преемнику по каѳедрѣ стремленіе дать обобщающую концепцію русскому историческому процессу—черта, которой проникнута его собственная «Исторія Россіи»; затѣмъ онъ же перетянулъ основной историческій интересъ Ключевскаго въ сторону до-Петровской Россіи; на нѣкоторыхъ построеніяхъ, которыми законченно обрисовалъ Василій Осиповичъ древнѣйшій періодъ русской исторіи, также сказалось, по мнѣнію Любавскаго, вліяніе историческихъ идей, высказанныхъ его предшественникомъ: такова гипотеза объ очередномъ порядкѣ княжескаго владѣнія въ древнѣйшей Россіи, такова плодотворная историческая мысль о томъ, что все направленіе русской древнѣйшей исторіи опредѣлялось колонизаціонными струями славянскихъ разселеній и переселеній; наконецъ, Соловьевъ, какъ и Ключевскій, подчеркивалъ необходимость учитывать природу страны, какъ основной и чреватый послѣдствіями историческій факторъ. Не со всѣми изъ этихъ утвержденій можно въ полной мѣрѣ согласиться; вѣдь сопоставленіями и сходствами не всегда вскрывается и доказуется прямая историческая преемственность, соединяющая двухъ работниковъ науки; одинаковыя идеи почерпаются зачастую изъ неодинаковыхъ источниковъ, одна и таже идея можетъ быть результатомъ различныхъ, не стоящихъ въ связи другъ съ другомъ предпосылокъ; можно-ли сказать, что именно Соловьевъ подсказалъ Ключевскому стремленіе къ «цѣльнымъ историко-философскимъ взглядамъ», когда основная точка зрѣнія послѣдняго на историческій процессъ опредѣляется его вѣрой въ возможность «исторической соціологіи», даже въ возможность возвысить послѣднюю на степень искусства «историческаго пред-

видѣнія»? идея о значеніи колонизаціи также вытекала скорѣе всего изъ основной методологической предпосылки Ключевскаго о томъ, что исторія, какъ процессъ народной жизни строится не «героями», а массой, не властью, а совокупной и единично-незамѣтной работой общественныхъ классовъ...

Наиболѣе содержательной статьей сборника (и наиболѣе значительной по объему, является несомнѣнно помянутая выше статья Б. И. Сыромятникова; на противоположности съ Чичеринымъ авторъ ея, по нашему мнѣнію, въ удачной и наиболѣе обобщенной формулѣ подводитъ итоги той научно-реформаторской работы, которую продѣлалъ почившій историкъ, руководимый чутьемъ таланта, трезвымъ разумомъ научнаго дѣятеля и глубокими чувствами патріота. Б. И. Сыромятниковъ отмѣчаетъ, правда, и «чичеринскіе» элементы въ научномъ творчествѣ Ключевскаго: ясность и остроту мысли, силу логики и мастерство конструкціи, законченность формы и точность языка (стр. 76); выборъ историческихъ темъ, по справедливой догадкѣ Сыромятникова, также совершался въ Ключевскомъ не безъ чичеринскихъ вліяній; даже одна изъ историческихъ концепцій навѣяна, быть можетъ, почившему историку прямымъ воздѣйствіемъ «знаменитаго учителя права» [1]), а именно—вотчинная теорія происхожденія удѣльной системы. Но при всемъ томъ связь эта не уничтожаетъ и даже не умаляетъ разстоянія, отдѣляющаго обоихъ изслѣдователей другъ отъ друга; между ними—глубокая, ничѣмъ не заполнимая бездна, вырытая принципіальнымъ и непримиримымъ различіемъ двухъ историческихъ міросозерцаній. Одно міросозерцаніе, представленное въ наиболѣе законченномъ видѣ Чичеринымъ, но поддерживаемое и Соловьевымъ и цѣлой плеядой предшествовавшихъ и современныхъ имъ историковъ, сложилось подъ сильнымъ воздѣйствіемъ гегелевской философіи и въ примѣненіи къ историческому знанію сказалось въ двухъ основныхъ точкахъ зрѣнія: 1) каждая національная исторія своеобразна, единственна и неповторяема не только въ цѣлостномъ своемъ проявленіи, но и въ составныхъ своихъ элементахъ; въ ней нельзя искать проявленія общихъ историческихъ законовъ; 2) народъ находитъ свое полное и законченное выраженіе въ государствѣ и пра-

[1]) «Der berümte Rechtslehrer»—такъ охарактеризованъ и оцѣненъ былъ Чичеринъ въ траурномъ адресѣ Гельсингфорскаго университета.

вительствѣ; народная масса не есть дѣятель исторіи, она есть объектъ и матеріалъ, изъ котораго правители строятъ зданіе людского общежитія; поэтому единственнымъ предметомъ исторіи является государственная власть и ея принудительная регулирующая дѣятельность. Рядомъ удачныхъ и выразительныхъ цитатъ изъ работъ Чичерина и Соловьева авторъ иллюстрируетъ эти двѣ характерныхъ черты отжившаго историческаго міровоззрѣнія. Въ опроверженіи этихъ взглядовъ, тѣмъ болѣе безповоротномъ, что оно сдѣлано было не сѣтью философическихъ разсужденій, а продуманной и искусно выполненной попыткой дать иную, негосударственную, а народную исторію,— и заключается безсмертная заслуга Василія Осиповича Ключевскаго, истинная цѣнность оставленнаго имъ научнаго наслѣдства. Исторія—училъ онъ въ своемъ курсѣ и въ своихъ монографіяхъ—должна быть изслѣдованіемъ о дѣятельныхъ историческихъ силахъ, созидающихъ народную жизнь, а силами этими является не власть и не правители, а сама масса народная, расчлененная на рядъ общественныхъ классовъ съ неодинаковыми и зачастую враждебными интересами; цѣль же историческаго знанія, «общая задача» историческаго изученія лежитъ въ раскрытіи «стихійной закономѣрности народной жизни»...

III.

Сборникъ, нами разобранный, важенъ, разумѣется лишь какъ первая попытка выяснить то многогранное «историческое явленіе», которое воплотилось въ личности покойнаго профессора и изслѣдователя. Въ сборникѣ этомъ преобладаетъ все-таки біографическій элементъ, широко понимаемый, а не историко-научная оцѣнка. Если послѣдняя удачно и выпукло реализуется въ статьѣ Б. И. Сыромятникова, то черезчуръ общія схемы и общія положенія этой статьи оставляютъ еще широкій просторъ для детальнаго и вдумчиваго обслѣдованія всей «философіи исторіи», завѣщанной намъ великимъ мастеромъ исторической науки. Давно замѣчено, что искусные строители, воздвигающіе отъ камня къ камню чудесное и величавое зданіе, забываютъ, увлеченные работой, представить намъ отчетъ о тѣхъ общихъ началахъ, на которыя опирается ихъ архитектурное искусство. Но покойный Ключевскій виноватъ въ этомъ меньше другихъ, равныхъ ему по таланту и по

творческой продуктивности: не оставивъ намъ цѣлостной «философіи исторіи», онъ однако же со щедростью богача разбросалъ по своему «курсу» рядъ отчетливыхъ и ясныхъ философско-методологическихъ указаній; изучая ихъ во всей полнотѣ основныхъ точекъ зрѣнія и во всемъ богатствѣ выводовъ, основными началами обусловленныхъ, затѣмъ дополнить и провѣрить ихъ внимательнымъ обслѣдованіемъ его историческихъ работъ—такова отвѣтственная, но благодарная и поучительная задача, лежащая на всѣхъ, кто чувствуетъ свои неразрывныя преемственныя связи съ Ключевскимъ. Пожалуй, столь же поучительнымъ и интереснымъ было бы раскрыть пріемы его *черновой* научной работы, ту скрытую отъ насъ дѣятельность искуснаго мастера, чудесные плоды которой составляютъ для насъ и источникъ мудрости и предметъ глубокихъ духовныхъ наслажденій...

На могильныхъ памятникахъ часто злоупотребляютъ знаменательнымъ словечкомъ «незабвенному»; когда могила въ забросѣ, время, по разсказу Чехова, стираетъ частицу «не» и «исправляетъ человѣческую ложь». Почившему историку нечего бояться этого «исправленія»: онъ самъ себѣ счеканилъ памятникъ изъ слишкомъ прочнаго матеріала,—и сборникъ, лежащій предъ нами, какъ нельзя лучше свидѣтельствуетъ о томъ, что всепоглощающая «рѣка забвенія» должна пройти мимо Ключевскаго: его нельзя выбросить ни изъ нашихъ воспоминаній о прошломъ, ни изъ нашихъ плановъ будущей работы; его проникновенныя догадки, какъ и его неразоблаченныя еще ошибки, будутъ для насъ одинаково поучительны.

Георгій Тельбергъ.

Алексѣй Боровой. «Исторія личной свободы во Франціи». М., 1910. Томъ первый. Старый порядокъ и революція. Часть первая. Стр.: V+470. Часть вторая. Стр.: II+254.

«Личной» или «индивидуальной» свободой А. А. Боровой называетъ: «а) личную безопасность или неприкосновенность, т. е. совокупность гарантій противъ произвольныхъ арестовъ и произвольныхъ наказаній; в) свободу передвиженія; с) непри-

косновенность частнаго жилища и д) неприкосновенность частной корреспонденціи» (I-я стр. предисловія). Авторъ сосредоточиваетъ свое вниманіе на личной неприкосновенности, какъ на «жизненномъ нервѣ политическаго организма, неизбѣжномъ условіи его свободнаго всесторонняго развитія» (7).

Послѣ этихъ вводныхъ замѣчаній А. Боровой выясняетъ, почему онъ избралъ темою своего изслѣдованія исторію личной свободы во Франціи, характеризуетъ вкратцѣ литературу изслѣдуемаго имъ вопроса и матеріалъ, положенный имъ въ основу своего труда, причемъ освѣщаетъ вопросъ о степени достовѣрности Archives Parlamentaires, какъ историческаго первоисточника.

Въ первой главѣ, посвященной послѣдней эпохѣ Стараго Порядка, авторъ разсматриваетъ: дореволюціонную организацію правосудія, вопросъ о такъ называемыхъ lettres de cachet, какъ особомъ видѣ административнаго ареста и адм. ссылки, борьбу съ системой l.d.c. французскаго дореволюціоннаго общества; борьбу парижскаго парламента за укрѣпленіе гарантій личной свободы, въ связи съ общей политической ролью парламента въ XVIII вѣкѣ. Здѣсь же нашли себѣ мѣсто вопросы о государственныхъ тюрьмахъ старой монархіи и о неприкосновенности частной корреспонденціи.

Во второй главѣ изложенъ вопросъ о личной свободѣ въ наказахъ 1789 года. Эта глава является безусловно необходимой переходной ступенью отъ изслѣдованія вопроса о личной свободѣ въ послѣднюю эпоху Стараго Порядка къ изслѣдованію того же вопроса въ эпоху Конституанты. Послѣ общей характеристики наказовъ, А. Боровой удѣлилъ большое мѣсто (213—245 стр. I ч.) критикѣ наказовъ, какъ историческаго источника, изложилъ проекты декларацій правъ человѣка и гражданина; разсмотрѣлъ отношеніе франц. дореволюціоннаго общества къ системѣ l.d c., проекты семейныхъ трибуналовъ, отношеніе къ государственнымъ тюрьмамъ и къ реформѣ уголовнаго судоустройства и судопроизводства, требованія неприкосновенности частнаго жилища, ненарушимости почтовой тайны, вопросъ объ употребленіи противъ гражданъ вооруженной силы, о жандармеріи, объ отвѣтственности администраціи, послѣ чего подвелъ итоги очерку о гарантіяхъ личной свободы въ наказахъ.

Третья глава (273—411), посвященная дѣятельности Кон-

ституанты, начинается изслѣдованіемъ вопроса о происхожденіи декларації правъ человѣка и гражданина, причемъ А. Боровой попутно излагаетъ обширную полемическую литературу. Обрисовавши общими чертами законодательство Конституанты объ административной юстиціи, А. Боровой приводитъ текстъ статей конституціи 1791 г. о личной свободѣ, оцѣниваетъ конституціонныя гарантіи личной свободы, разсматриваетъ реформу уголовнаго судопроизводства, анализируетъ декретъ 29 сентября 1791 г., инструкцію 21 октября 1791 г.; подробно останавливается на чрезвычайныхъ мѣрахъ въ эпоху Конституанты. Эта глава заканчивается общей оцѣнкой дѣятельности Конституанты въ области защиты личной свободы.

Въ четвертой главѣ (412—470) А. Боровой даетъ общую характеристику обстановки, въ которой дѣйствуетъ Легислатива, разсматриваетъ репрессивную политику по отношенію къ неприсягнувшимъ священникамъ и подробно останавливается на чрезвычайныхъ мѣропріятіяхъ Легислативы (начиная съ декрета 30 января 92 г. о паспортахъ). Указавъ на партійный составъ Легислативы, А. Боровой даетъ общую оцѣнку ея дѣятельности.

Пятая плава (стр. 1—190-я 2-й части I-го тома) содержитъ: общую характеристику Конвента, политику чрезвычайныхъ мѣръ: декреты противъ эмигрантовъ, организацію чрезвычайнаго трибунала, декреты противъ контръ-революціонеровъ, неприсягнувшихъ священниковъ и эмигрантовъ, декреты противъ иностранцевъ; наконецъ, чрезвычайное законодательство эпохи «революціоннаго правительства». Далѣе онъ переходитъ къ анализу постановленій о личной свободѣ въ жирондистской и монтаньярской декларацiяхъ и конституціяхъ. Съ неменьшимъ вниманіемъ А. Боровой изучаетъ вопросъ о гарантіяхъ личной свободы и въ эпоху термидоріанской реакціи.

Послѣ обзора спеціальнаго законодательства А. Боровой изучаетъ статьи декларацiи и конституціи 5 фруктидора 3-го года и уголовнаго кодекса 3 брюмера 4 года—о личной свободѣ и заканчиваетъ свое изложеніе общей оцѣнкой дѣятельности Конвента.

Шестая глава (191—239 стр. 2-й ч. I т.) посвящена исторіи личной свободы во Франціи въ эпоху Директоріи. Въ заключеніи (къ обѣимъ частямъ I-го тома) содержится общая характеристика политики правительства по отношенію къ га-

рантіямъ личной свободы въ послѣднюю эпоху Стараго Порядка и въ эпоху революціи.

Основной выводъ А. Борового:—личная свобода въ эпоху Стараго Порядка была не правомъ, а милостью короля и безотвѣтственной бюрократіи; въ эпоху же революціи хотя и зародилось право личной свободы, но оно не было защищено достаточными гарантіями.

А. Боровой собралъ въ своей «Исторіи» огромное количество матеріаловъ по исторіи не только права личной свободы, ни и личной свободы вообще. Такимъ матеріаломъ, въ значительной степени—свѣжимъ и неиспользованнымъ, не располагало еще ни одно изъ спеціальныхъ французскихъ изслѣдованій, почему работа А. Борового становится цѣнной не только для русскихъ административистовъ и публицистовъ, но и для всѣхъ работающихъ надъ исторіей личной свободы во Франціи въ послѣднюю эпоху Стараго Порядка и въ эпоху Великой Французской Революціи. Для ученыхъ важно, конечно, не только количество матеріаловъ, но и качество ихъ. И здѣсь обнаруживается, что А. Боровой работалъ, главнымъ образомъ, по первоисточникамъ, чѣмъ его трудъ выгодно выдѣляется изъ массы французскихъ работъ, посвященныхъ тому же вопросу. Матеріалы, собранные А. Боровымъ, заслуживаютъ полнаго довѣрія, на чемъ мнѣ придется остановиться, когда я буду говорить о пособіяхъ и первоисточникахъ, которыми пользовался авторъ.

Въ своей книгѣ А. Боровой излагаетъ исторію не права личной свободы, а исторію личной свободы. Поэтому онъ долженъ былъ не только изложить дѣйствующее въ данный періодъ времени право, но и объяснить смыслъ его, обрисовавъ ту атмосферу, въ которой зарождалось новое право, подчеркнуть соотношеніе общественныхъ силъ, стоявшихъ за и противъ данной реформы. Въ частности онъ долженъ былъ остановиться и на эпохѣ Тюрго, какъ подготовившей новый порядокъ.

Чрезвычайно сжатая обрисовка даже не самихъ реформъ Тюрго, а лишь впечатлѣнія, произведеннаго ими на общество, и воздѣйствія различныхъ классовъ общества на эти реформы (125—132)—удачно выясняетъ соціальную структуру французскаго общества того времени, характеризуетъ парижскій парламентъ, какъ энергичнаго борца «противъ всякой новой пра-

вительственной иниціативы, посягавшей на его сословные или имущественные интересы» (I ч., 133). Если бы А. Боровой ограничился изложеніемъ лишь парламентскихъ ремонстрацій, въ которыхъ парижскій парламентъ не менѣе энергично отстаивалъ «законный порядокъ противъ административнаго произвола» (133),—политическая роль французскихъ парламентовъ (въ лицѣ ихъ представителя—парижскаго парламента, какъ наиболѣе передового, дѣятельнаго и вліятельнаго),—была бы изображена слишкомъ односторонне. Упоминаніе о борьбѣ парламента противъ реформъ Тюрго было обязательно для историка и по другому основанію. Если бы не была набросана самыми общими штрихами оппозиція вліятельному либеральному министру Людовика XVI-го за 15—13 лѣтъ до революціи, не были бы достаточно выяснены: ни поворотъ нотаблей въ сторону реакціи въ 1788 г., ни структура Учредительнаго Собранія, ни дѣятельность оппозиціи въ немъ, вообще была бы оставлена въ тѣни роль консервативной оппозиціи въ революціонномъ движеніи.

Точно также и по тѣмъ же основаніямъ А. Боровой ввелъ въ исторію личной свободы созваніе нотаблей и парламентскія движенія до декабрьскихъ ремонстрацій 1787 г. (133—134). Если бы были выпущены эти немногія страницы, рисующія первые акты революціонной драмы, изложеніе революціи началось бы со средины, а не съ начала. Доказавъ, что «право личной свободы» при Старомъ Порядкѣ зависѣло исключительно отъ милости короля и усмотрѣнія всевластной, но безотвѣтственной администраціи, А. Боровой дополняетъ картину «безправія» при старомъ режимѣ изображеніемъ фактическаго положенія лицъ, лишенныхъ свободы, фактическими данными о постоянныхъ нарушеніяхъ почтовой тайны. Онъ довольно подробно изложилъ вопросъ о государственныхъ тюрьмахъ Старой Монархіи (172—199). Краткія фактическія данныя о режимѣ въ мѣстахъ заключенія: въ Бастиліи, Венсеннскомъ замкѣ, Бисетрѣ и въ провинціальныхъ тюрьмахъ намъ представляются необходимыми уже потому, что А. Боровой излагаетъ исторію личной свободы, а не права личной свободы во Франціи. Изображеніе режима въ государственныхъ тюрьмахъ служитъ, поэтому, цѣнной иллюстраціей, наглядно дополняющей «право личной неприкосновенности» въ послѣднюю эпоху Стараго Порядка.

Вообще, матеріалъ, положенный А. Боровымъ въ основу его изслѣдованія въ I-мъ томѣ, по существу не допускалъ строго догматической обработки. Можно ли понять правильно смыслъ революціоннаго законодательства, если излагать его догматически? Какъ въ эпоху Стараго Порядка не было права личной свободы, а была лишь милость короля и усмотрѣніе безотвѣтственной администраціи, такъ и въ эпоху революціи провозглашенное въ конституціяхъ 1791 и 93 г.г. право личной свободы парализовалось исключительными законами, фактически отмѣнявшими гарантіи личной неприкосновенности, свободы передвиженія, ненарушимости почтовой тайны и неприкосновенности жилища. Объясненіе смысла исключительнаго законодательства, игравшаго въ революціонную эпоху огромную роль, возможно лишь при условіи изложенія наиболѣе выдающихся взглядовъ представителей различныхъ партійныхъ группъ. Взгляды эти выразились въ соотвѣтствующихъ законопроектахъ, внесенныхъ въ національныя собранія. Для обрисовки историческаго фона было безусловно необходимо внести и изложеніе контръ-законопроектовъ, обсуждавшихся, но непринятыхъ національными собраніями. Здѣсь же должны были найти себѣ мѣсто и наиболѣе существенныя пренія по вопросамъ личной свободы, возникавшія въ національныхъ собраніяхъ. Въ этихъ преніяхъ наглядно проявляется міросозерцаніе различныхъ группъ французскаго населенія того времени. Критика законопроекта есть въ то же время критика закона, если законопроектъ принятъ собраніемъ безъ измѣненій или съ незначительными измѣненіями. Такой способъ изложенія имѣетъ уже то несомнѣнное преимущество передъ другими, что современный критикъ революціоннаго законодательства можетъ его неправильно истолковать, если не ознакомится съ міросозерцаніемъ народныхъ представителей той эпохи. При догматической обработкѣ законодательнаго матеріала передъ нами было бы отжившее свой вѣкъ право; въ изслѣдованіи же А. Борового на каждой страницѣ чувствуется пульсированіе юридической мысли конца XVIII вѣка, чувствуется отраженіе запросовъ повседневной жизни. Передъ взоромъ читателя открывается не вереница законовъ, которая обычно глядитъ на читателя со страницъ исторій юристовъ-догматиковъ, а вереница живыхъ людей, съ ихъ живыми потребностями и симпатіями. Догматическая обработка важна для послѣреволюціоннаго законода-

тельства, когда политическія бури перестали нарушать ходъ исторической жизни даннаго народа, по крайней мѣрѣ,—на десятилѣтіе. Излагать догматически законодательство въ эпоху революціи—безцѣльно, такъ какъ изслѣдователь рискуетъ неправильно истолковать его.

А. Боровой излагаетъ исторію личной свободы во Франціи въ эпоху великой революціи въ тѣсной и неразрывной связи съ парламентской исторіей Франціи того времени. Такой способъ изложенія революціоннаго законодательства—единственно правиленъ, такъ какъ историкъ-юристъ долженъ не только изложить, но и объяснить и истолковать законодательство данной эпохи. Корни же революціоннаго законодательства можно обнаружить лишь при изложеніи догмы права на фонѣ политической и въ частности—парламентской исторіи. Общая характеристика обстановки, въ которой дѣйствуетъ Легислатива, была, напримѣръ, безусловно необходимымъ введеніемъ къ изложенію исторіи права личной свободы въ эпоху Легислативы. Если бы краткими, но яркими штрихами не было обрисовано настроеніе парижскаго населенія 10 августа 1792 г. (взятіе Тюльерійскаго дворца и пр.),—былъ бы непонятенъ изданный на слѣдующій день (11 авг. 92 г.) Décret qui charge spécialement les municipalités des fonctions de la police de sûreté générale.

Если бы въ исторіи личной свободы во Франціи былъ пропущенъ народный взрывъ 20 іюня 92 г. (429—432), когда красная шапка демагогіи—эмблема патріотизма—замѣнила діадему Реймса на головѣ короля, было бы не ясно: почему Дебри, Верньо, Бриссо предлагали объявить отечество въ опасности (432—438), почему, дѣйствительно, отечество было объявлено въ опасности? Однимъ словомъ, въ изслѣдованіяхъ, подобныхъ разсматриваемой нами «Исторіи», соціологическая конструкція— болѣе правильна, чѣмъ догматическая. При всякой попыткѣ обнаружить корни законодательства для отчетливаго уясненія смысла его, догматикъ невольно долженъ свернуть со своей дороги и приблизиться къ тому же пути, по которому идетъ и соціологъ.

Послѣ вопросовъ методологіи на первый планъ выступаетъ вопросъ объ источникахъ, на которыхъ авторъ обосновалъ свое изслѣдованіе. Главнѣйшимъ источникомъ для исторіи личной свободы во Франціи въ эпоху революціи для А. Боро-

вого послужили Archives Parlamentaires. Для провѣрки матеріаловъ, напечатанныхъ въ «Парламентскихъ Архивахъ», авторъ обращался къ отчетамъ о засѣданіяхъ національныхъ собраній, помѣщенныхъ въ: Procès verbal des séances de l' Assemblée Nationale de France (Конституанты), Procès verbal de l' Assemblée des communes et de l' Assemblée Nationale, Journal des débats et des décrets, Logographique, Logotachygraphe, Bulletin imprimé par l'ordre de l'Assemblée Nationale (Легислативы), Moniteur Universel и проч.

Не ограничиваясь этими источниками, А. Боровой обращался неоднократно къ разнообразнымъ сборникамъ подлинныхъ документовъ, относящихся къ исторіи великой франц. революціи, а именно — къ сборникамъ Оляра, Шаллямеля, Феликса Роккена, Шаравея, Лякруа, Рондонно и Дювержье. Законодательство Стараго Режима изложено, главнымъ образомъ, по сборнику франц. законовъ съ 420 по 1789 г.— Изамбера и др.

Положивъ въ основу своего историческаго изслѣдованія первоисточники, А. Боровой использовалъ въ качествѣ пособій огромную литературу: и общія исторіи Франціи, и исторіи великой франц. революціи, и спеціальныя изслѣдованія лицъ, преслѣдовавшихъ въ своихъ трудахъ цѣли, аналогичныя съ задачами А. Борового, и монографіи по отдѣльнымъ вопросамъ исторіи личной свободы за отдѣльные періоды времени, и мемуары, и журналы временъ великой франц. революціи, наконецъ—спеціальныя статьи въ современныхъ журналахъ и справочныя изданія.

А. Боровому пришлось, по преимуществу сосредоточивать свое вниманіе на иностранной литературѣ, главнымъ образомъ— французской. Изъ указателя, приложеннаго въ концѣ 2-ой части I-го тома, видно, что А. Боровой пользовался въ качествѣ источниковъ (первоисточниковъ и пособій) трудами 396-ти авторовъ, вышедшими на французскомъ, нѣмецкомъ и англійскомъ языкахъ и 50 трудами, вышедшими на русскомъ языкѣ. Слѣдовательно, А. Боровому пришлось использовать въ своемъ изслѣдованіи болѣе 400 названій отдѣльныхъ пособій (томовъ— значительно больше). Если прибавить, что однихъ Парламентскихъ Архивовъ А. Боровому пришлось использовать какъ для двухъ частей I тома, такъ и для послѣдующихъ частей—181

томъ, то читатели получатъ ясное представленіе о поразительномъ трудолюбіи изслѣдователя.

Насколько критически относился А. Боровой къ первоисточникамъ, положеннымъ имъ въ основу своей «Исторіи, видно изъ предисловія, гдѣ авторъ разсматриваетъ вопросъ о степени достовѣрности Archives Parlamentaires, какъ историческаго первоисточника, а также изъ тщательной критики наказовъ, какъ историческаго источника (во 2-ой главѣ I ч.).

Также критически А. Боровой относится и къ источникамъ изъ вторыхъ рукъ. И въ основномъ текстѣ, и въ примѣчаніяхъ (особенно въ послѣднихъ) А. Боровой дѣлаетъ очень обстоятельные экскурсы въ область исторіи, въ область спеціальной литературы по самымъ разнообразнымъ вопросамъ. Отличительною чертою этихъ обзоровъ литературы является ихъ обстоятельность: спорный вопросъ оказывается освѣщеннымъ съ самыхъ разнообразныхъ точекъ зрѣнія. А. Боровой не затушевываетъ точекъ зрѣнія своихъ противниковъ и никогда не старается скрыть, что въ литературѣ существуютъ иные взгляды на спорный вопросъ, расходящіеся съ его личными взглядами. Въ обзорахъ противорѣчивыхъ взглядовъ читателю бросается въ глаза умѣнье А. Борового оріентироваться въ безконечномъ хаосѣ разнообразныхъ мнѣній по спорному вопросу и выбирать изъ нихъ лишь наиболѣе рельефныя, наглядно рисующія позицію цитируемаго автора [1]).

Итакъ, обиліе матеріаловъ, собранныхъ на основаніи строго критическаго отношенія къ первоисточникамъ и къ пособіямъ, обнаруживаетъ чрезвычайное трудолюбіе и обширную эрудицію А. Борового. Эти достоинства изслѣдованія А. Борового имѣютъ тѣмъ бо́льшее значеніе, что весь трудъ его проникнутъ полнымъ безпристрастіемъ. Объективность изложенія бросается въ глаза уже при простомъ сопоставленіи парламентскихъ исторій корифеевъ французской исторической литературы или предвзятаго монографическаго изслѣдованія нѣмецкаго историка Адальберта Валя съ объективной исторіей личной свободы во Франціи А. Борового. А. Боровой ставитъ

---

[1]) Эту способность за авторомъ признаетъ и такой первокласный авторитетъ въ изучаемой А. Боровымъ области, какъ М. М. Ковалевскій, въ своей рецензіи въ «Вѣстникѣ Европы» 1910 г., ноябрь.

въ вину Минье, Тьеру, Мишле, Кине, Луи Блану, Тэну и другимъ выдающимся историкамъ французскихъ революцій, что работы ихъ—«гораздо болѣе являются пламенными памфлетами, изобилующими боевыми лозунгами pro и contra, чѣмъ спокойнымъ «научнымъ» изслѣдованіемъ, ревниво оберегающимъ факты прошлаго, равнодушнымъ къ битвамъ настоящаго» (I ч., стр. 3—4).

Поэтому, А. Боровой тщательно удалялъ изъ своего труда все, что можетъ придать научному изслѣдованію характеръ пристрастной работы. Съ равнымъ безпристрастіемъ онъ излагаетъ проекты и рѣчи какъ правыхъ, умѣренныхъ, такъ и лѣвыхъ представителей французскаго народа въ Учредительномъ и Законодательномъ Собраніяхъ, въ Конвентѣ и Директоріи. При оцѣнкѣ великихъ памятниковъ законодательства эпохи великой французской революціи, оставившихъ глубокій слѣдъ въ законодательствѣ культурныхъ государствъ, А. Боровой отличается тою же объективностью. Вмѣстѣ съ М. М. Ковалевскимъ онъ подчеркиваетъ, напримѣръ, «методологическую ошибку, въ которую обычно впадаютъ критики Декларацiи, требуя отъ нея того, чего она не могла дать, и осуждая ее за то, что она только и могла дать—по политическимъ условіямъ эпохи» (I ч., стр. 287). Въ особенности же объективность А. Борового, какъ историка, видна изъ многочисленныхъ обзоровъ мнѣній ученыхъ по спорнымъ вопросамъ. Изъ «Исторіи» А. Борового читатель, даже не знакомый съ изслѣдуемымъ вопросомъ, можетъ почерпнуть свѣдѣнія о современной постановкѣ многихъ спорныхъ вопросовъ изъ исторіи личной свободы во Франціи. Авторъ оріентируетъ читателя въ обширной общей и спеціальной литературѣ, излагая наиболѣе характерные взгляды на данный вопросъ, послѣ чего дѣлаетъ свой выводъ.

Изслѣдованіе А. Борового—интересно и цѣнно не только по своему содержанію, но и по блестящей внѣшней формѣ. Мысль А. Борового облекается въ изящную форму, которая особенно бросается въ глаза въ общихъ характеристикахъ отдѣльныхъ эпохъ. Указанныя достоинства труда А. Борового заставляютъ читателя забывать о недостаткахъ, вкравшихся въ обширное изслѣдованіе автора. Нельзя, напримѣръ, согласиться съ утвержденіемъ А. Борового, что «отсутствіе практическаго смысла въ этомъ первомъ законодательномъ памят-

никѣ, взявшемъ на себя задачу гарантировать личную свободу, (т. е. въ декларацiи правъ человѣка и гражданина 1789 г.), оставило пагубные слѣды на всемъ послѣдующемъ законодательствѣ, которое и до настоящаго времени интересамъ личности предпочитаетъ интересы государства» (I ч., стр. 308).

Нельзя утверждать объ отсутствiи здраваго смысла въ законодательномъ памятникѣ, претворившемъ практическiя формулы американскихъ декларацiй въ великiе соцiально-моральные постулаты (I ч., стр. 294). Правильнѣе было бы сказать, что декларацiи, отличающейся характеромъ проповѣди,—не мѣсто среди законовъ, снабженныхъ санкцiей для возможности реализацiи ихъ въ жизни. Нравственныя предписанiя должны быть сконцентрированы въ кодексѣ нравственности, а не въ законахъ, которые должны точно обрисовывать права и обязанности управляющихъ и управляемыхъ, способъ защиты этихъ правъ отъ произвольныхъ нарушенiй со стороны всѣхъ членовъ человѣческаго общежитiя (какъ со стороны управляющихъ, такъ и со стороны управляемыхъ). Но отсюда—очень далеко до утвержденiя, что моральныя предписанiя лишены практическаго смысла. Утвержденiе А. Боровового, что декларацiя правъ человѣка и гражданина страдаетъ «отсутствiемъ практическаго смысла» (308),—неправильно уже потому, что въ ней выражены не только «великiе соцiально-моральные постулаты» (294), но и юридическiе принципы, хотя нѣсколько не въ томъ смыслѣ, какъ ихъ обыкновенно понимаютъ юристы-догматики.

Неблагопрiятное впечатлѣнiе на читателя производитъ сжатость изложенiя такого существеннаго вопроса, какъ вопросъ объ организацiи административной юстицiи въ эпоху Конституанты. А. Боровой вполнѣ согласенъ съ мнѣнiемъ Θ. Θ. Кокошкина объ административной юстицiи и съ его оцѣнкой гражданской свободы, какъ юридическаго института [1]).

---

[1]) Ф. Ф. Кокошкинъ утверждаетъ, что «практическая обезпеченность права гражданской свободы обусловливается существованiемъ судовъ, которые могли бы разсматривать споры между гражданами и органами государственной власти о предѣлахъ полномочiй, ввѣренныхъ послѣднимъ,—другими словами—широко организованной системой административной юстицiи». (См ст. Θ. Кокошкина: «Гражданская свобода, какъ понятiе государственнаго права» въ «Сборникѣ правовѣдѣнiя и общественныхъ знанiй», т. VIII, М., 1898 г., стр. 246. А. Боровой цитируетъ эту статью въ I ч., на стр. 302, въ примѣч. 1 мъ).

Но Θ. Кокошкинъ придаетъ должное значеніе правильно и широко организованной системѣ административной юстиціи. Поэтому, можно было ожидать, что А. Боровой болѣе подробно, чѣмъ онъ это сдѣлалъ, изложитъ доводы за и противъ различныхъ системъ административной юстиціи, высказанные членами Конституанты при обсужденіи вопроса о наиболѣе соотвѣтствующей потребностямъ Франціи того времени системѣ административной юстиціи.

Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ своей «Исторіи» А. Боровой очень близко подходилъ къ теоретическому разрѣшенію спорныхъ вопросовъ административнаго права, но не разрѣшалъ ихъ. Напримѣръ, вопросъ объ органахъ внутренняго управленія въ тѣсномъ смыслѣ слова разрѣшается административистами различно: одни изъ нихъ признаютъ союзы органами внутренняго управленія, другіе—не признаютъ. Въ виду того, что ученіе Лоренца Штейна о союзахъ, какъ органахъ внутренняго управленія, зародилось подъ вліяніемъ идей якобинцевъ (якобинцы — послѣдователи радикальныхъ ученій договорной школы—считали союзы и собранія органическими формами народнаго представительства [1]),—читатель ожидаетъ встрѣтить въ изслѣдованіи А. Борового теоретическое освѣщеніе спорнаго вопроса на основаніи излагаемаго имъ историческаго матеріала. Но съ теоретической точки зрѣнія этого вопроса А. Боровой не разсматриваетъ. Конечно, авторъ можетъ возразить, что его цѣлью не было—излагать теоретически вопросъ объ органахъ внутренняго управленія въ тѣсномъ смыслѣ слова; что онъ затронулъ исторію органовъ внутр. управленія лишь постольку, поскольку это необходимо было для уясненія исторіи личной свободы во Франціи. Однако на это возраженіе А. Борового можно отвѣтить, что онъ напрасно не воспользовался представлявшимся ему удобнымъ случаемъ освѣтить одинъ изъ спорныхъ вопросовъ адм. права, тѣмъ болѣе, что онъ излагалъ историческій матеріалъ, послужившій основою ученію Л. ф.

---

[1] В. Орландо въ «Принципахъ конституціоннаго права», русск. перев., М., 1907, стр. 275, касаясь взглядовъ якобинцевъ, говоритъ, что якобинцы считали союзы и собранія—«институтами публичнаго права, которымъ должно принадлежать прямое и законное вліяніе на веденіе государственныхъ дѣлъ».

Штейна о союзахъ, какъ органахъ внутр. управленія [1]). Теоретическое освѣщеніе спорнаго вопроса не заняло бы много мѣста, но значительно увеличило бы цѣнность историческаго изслѣдованія.

Можно было бы указать на неточности въ выборѣ выраженій, недомолвки и прочіе недостатки, вкравшіеся въ обширное изслѣдованіе А. Боровогo. Но нѣтъ ни одного изслѣдованія безъ недостатковъ. Неблагопріятное впечатлѣніе, производимое на читателя этими недостатками, сглаживается, какъ только онъ обратитъ вниманіе на обиліе матеріаловъ изъ исторіи личной свободы во Франціи, собранныхъ по первоисточникамъ, надлежаще освѣщенныхъ историко-литературными примѣчаніями. Свѣжесть использованныхъ матеріаловъ, объективное изложеніе какъ законодательнаго матеріала, такъ и мнѣній ученыхъ по тѣмъ или инымъ вопросамъ изъ исторіи личной свободы во Франціи, образный языкъ, которымъ написано изслѣдованіе, освѣщеніе нѣкоторыхъ невыясненныхъ въ наукѣ вопросовъ и прочія достоинства изслѣдованія А. Боровогo заставляютъ читателя съ нетерпѣніемъ ожидать появленія послѣдующихъ частей интереснаго изслѣдованія. Вышедшія же двѣ части перваго тома наглядно выясняютъ читателю, почему Франція была родиной двухъ діаметрально противоположныхъ типовъ законодательства о личной свободѣ: съ одной стороны, Конституанта провозгласила принципы свободы, обошедшіе всѣ культурныя государства; съ другой стороны, она была творцомъ loi martiale, послужившаго для континентальныхъ государствъ образцомъ исключительнаго положенія. Какъ законодательство, пріостанавливающее конституціонныя гарантіи личной свободы, созданныя въ эпоху великой французской революціи, такъ и законодательство, гарантирующее личную сво-

---

[1]) Къ теоретической постановкѣ вопроса объ органахъ внутренняго управленія А. Боровой близко подходилъ въ общей оцѣнкѣ дѣятельности Легислативы (I ч., стр. 469) и при указаніи на роль парижской коммуны (458). Во 2-ой части А. Боровой еще ближе сталкивался съ этимъ вопросомъ, когда онъ излагалъ вопросъ о народныхъ собраніяхъ и клубахъ, какъ органахъ внутренняго управленія въ эпоху «революціоннаго правительства»; но на всемъ протяженіи исторіи личной свободы въ эпоху Конвента А. Боровой не даетъ теоретическаго освѣщенія спорнаго вопроса административнаго права.

боду, обошли всѣ государства міра, за исключеніемъ Англіи, и оказали на законодательство другихъ государствъ болѣе или менѣе сильное вліяніе. Въ виду отсутствія на русскомъ языкѣ спеціальныхъ изслѣдованій по исторіи личной свободы во Франціи, «Исторія» А. Борового пріобрѣтаетъ для русскаго читателя еще бо́льшее значеніе и цѣнность.

И. Сухоплюевъ.

В. И. Синайскій. Исторія источниковъ римскаго права. Варшава. 1911, стр. 207+VIII, ц. 1 р. 50 к.

Озаглавленная такъ книга представляетъ изъ себя, какъ говоритъ предисловіе, «далеко незаконченную переработку лекцій по исторіи источниковъ римскаго права, читанныхъ авторомъ во второмъ семестрѣ 1910 года въ Варшавскомъ университетѣ». Задачей автора является дать учащимся книгу, въ которой они могли бы найти не только теоретическія свѣдѣнія, но и самые источники, «хотя бы только главные и въ видѣ примѣра». Соотвѣтственно такой идеѣ, г. Синайскій вводитъ въ текстъ своего учебника цѣлый рядъ памятниковъ—нѣкоторые цѣликомъ (напр., XII таблицъ), другіе въ болѣе или менѣе крупныхъ отрывкахъ. Сверхъ того, авторъ даетъ почти исчерпывающій перечень памятниковъ (предупреждая, что этотъ перечень дается не для заучиванья, а «для прочтенія»). Вся книга распадается на три части: введеніе (въ которомъ дается понятіе источника права и излагается общая характеристика источниковъ римскаго права въ разные періоды исторіи) и два отдѣла: первый посвященъ источникамъ правообразованія, или какъ выражается г. Синайскій, правообразующимъ силамъ и формамъ правообразованія (правообразующими силами выставляются: 1) народъ, какъ творецъ обычнаго права, 2) народъ, какъ законодатель, 3) магистраты, 4) сенатъ, 5) судьи, 6) принцепсъ и императоръ, 7) юристы, а формами правообразованія: 1) обычай, 2) законъ, 3) эдиктъ, 4) сенатусконсультъ, 5) судебное рѣшеніе, 6) указъ принцепса и императорскій законъ, 7) право юристовъ). Въ виду того, что каждой правообразующей силѣ соотвѣтствовала опредѣленная форма правообразованія,—эти два ученія (о силахъ и о формахъ) излагаются параллельно: напр., § 7 говоритъ о «народѣ, какъ творцѣ обыч-

наго права», а § 8—объ обычномъ правѣ, какъ формѣ правообразованія. Второй отдѣлъ посвященъ источникамъ правовѣдѣнія. Здѣсь, наряду съ краткими свѣдѣніями о дошедшихъ до насъ источникахъ, дается текстъ нѣкоторыхъ изъ сохранившихся памятниковъ.

Внѣшней особенностью изложенія является пользованіе рубриками: обыкновенно въ началѣ §-а высказывается основное положеніе, разрабатываемое въ данномъ §-ѣ, причемъ всѣ элементы этого положенія отмѣчены буквами; далѣе подъ такими же буквами идетъ разъясненіе и развитіе сказаннаго. Другой внѣшней особенностью является скудость ссылокъ на источники: въ подсрочныхъ примѣчаніяхъ указывается почти исключительно литература предмета, источники же приводятся случайно и въ маломъ количествѣ (по поводу литературныхъ указаній слѣдуетъ отмѣтить нѣкоторую ихъ устарѣлость: очень мало ссылокъ на исторіи источниковъ Costa, очень мало использована извѣстная книга Миттейса, книга Фиттинга Alter und Folge der Schriften K. Juristen приведена по первому изданію 1860 года).

Обращаясь къ разбору книги по существу, мы должны отмѣтить прежде всего, что авторъ самъ признаетъ (въ предисловіи) весьма крупные недостатки своего сочиненія: онъ предвидитъ возможность неясности изложенія, неудачнаго подбора терминовъ, неподлежащаго расположенія матеріала и вообще несоотвѣтствіе частей книги, неумѣніе рѣзко отдѣлить общепринятыя мнѣнія отъ авторскихъ, неосторожное пользованіе новыми данными науки и «многое другое». Такое собственное признаніе до извѣстной степени обезоруживаетъ критикующаго, но все же не можетъ избавить автора отъ многочисленныхъ упрековъ, вызываемыхъ разнообразными недочетами разбираемой книги.

Прежде всего, возраженіе вызываетъ общій планъ сочиненія: разбивка на двѣ части и полное раздѣленіе источниковъ правообразованія и правовѣдѣнія мѣшаетъ ясности и цѣльности впечатлѣнія. Цѣлесообразнѣе было бы вмѣсто этого выдѣлить въ особую часть тексты источниковъ. Равнымъ образомъ нельзя одобрить раздѣленія ученія объ источникахъ правообразованія на ученія о силахъ и формахъ правообразованія: это раздѣленіе не совсѣмъ правильно теоретически, ибо понятіе правообразующей силы и отношенія между «силой» и «формой»

авторомъ не выяснены: непонятно, напр., почему народъ, какъ законодатель, и народъ, какъ творецъ обычнаго права,—двѣ разныя силы (очевидно, авторъ къ правообразующей силѣ примѣшиваетъ и форму, въ которой эта сила проявляется); что между «формой» и «силой» существуетъ весьма тѣсная связь, это признаетъ и г. Синайскій (стр. 3); тѣмъ страннѣе его утвержденіе (стр. 2), что форма правообразованія не творитъ правовую норму, а лишь содержитъ ее. Значитъ ли это, что содержаніе также имѣетъ обязательную силу и до облеченія въ установленную форму? Благодаря подобнымъ неясностямъ, попытки г. Синайскаго дать точное опредѣленіе источника права остаются безплодными: прочитавъ соотвѣтствующій отдѣлъ этой книги, учащійся только запутается. Кромѣ того, противоположеніе «силъ» и «формъ» вызываетъ повторенія и усиливаетъ неясность изложенія (для примѣра можно указать на §§ 19 и 20, говорящіе о принцепсѣ, какъ правообразующей силѣ, и объ императорскомъ законѣ, какъ формѣ правообразованія: и тамъ и здѣсь говорится о правообразующей силѣ принцепса, *проявившейся въ конституціяхъ*, и въ обоихъ §-ахъ главное мѣсто отведено юридическому значенію разныхъ видовъ императорскихъ указовъ). Къ недостаткамъ общаго плана слѣдуетъ отнести, далѣе, неравномѣрное и иногда даже неправильное распредѣленіе матеріала: напр., имѣющее капитальное значеніе ученіе объ aequitas затронуто между прочимъ, въ связи съ общей характеристикой права юристовъ (какъ будто только теоретическая юриспруденція руководилась идеями aequitas!), тогда какъ преданіе о тайной наукѣ понтифовъ подвергнуто на стр. 60—61 подробной, хотя и безплодной (потому что далѣе, на стр. 66, авторъ самъ опровергаетъ себя) критикѣ.

Обращаясь къ содержанію разбираемой книги, мы должны прежде всего замѣтить, что въ общемъ авторъ руководится взглядами Киппа, но излагаетъ ихъ не всегда точно и иногда прибавляетъ кое-что изъ другихъ источниковъ (по большей части, тоже изъ элементарныхъ пособій) и кое-что отъ себя. Эти послѣднія прибавленія обыкновенно ухудшаютъ изложеніе, такъ какъ или вносятъ неясность, или даже содержатъ явныя ошибки. Поэтому, не смотря на малую самостоятельность взглядовъ автора, книга вызываетъ обильныя возраженія по существу: всюду встрѣчаются недосказанности, неясности, противо-

рѣчія и ошибки. Главный упрекъ, который надлежитъ сдѣлать г. Синайскому,—это упрекъ въ невыясненности его теоретическихъ взглядовъ на природу различныхъ видовъ источниковъ права. Напр., упомянувъ въ § 2 въ числѣ формъ правообразованія судебное рѣшеніе и въ числѣ правообразующихъ силъ судью, онъ въ § 17, посвященномъ судебному рѣшенію, начинаетъ изложеніе слѣдующимъ образомъ: «судебное рѣшеніе само по себѣ никогда не было въ Римѣ формой правообразованія». Далѣе указывается на значеніе судебнаго прецедента, но не выясняется зависимость между судебнымъ рѣшеніемъ и обычнымъ правомъ (между прочимъ, вскользь брошена фраза: «по существу обычное право, въ формѣ судебнаго рѣшенія, было въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно правообразующей силой»,—точно можетъ быть сомнѣніе въ правообразующей силѣ *обычнаго права!*). Въ концѣ § 17 говорится: «Не слѣдуетъ, однако, забывать, что римскіе писатели и юристы склонны разсматривать судебныя рѣшенія въ качествѣ формы правообразованія... Отсюда, судьи какъ бы и de iure были въ Римѣ правообразующей силой, а не только de facto». Здѣсь неясно, во первыхъ, что такое «de iure» и «de facto» правообразующія силы (этого авторъ нигдѣ не объясняетъ), во вторыхъ, почему мнѣніе писателей и юристовъ обращаетъ судебное рѣшеніе въ «какъ бы de iure» правообразующую силу, и въ третьихъ, чѣмъ «какъ бы de iure» отличается отъ «просто de iure». Аналогичное слѣдуетъ замѣтить по поводу сенатскаго рѣшенія: читателя запутываютъ такіе выраженія, какъ: «сенатское рѣшеніе, хотя бы оно и содержало въ себѣ правовую норму, не могло быть de iure формой правообразованія». Спрашивается, какъ же правовая норма появляется внѣ формъ правообразованія? Кромѣ того, автору необходимо было точно указать, что онъ разумѣетъ подъ «*непосредственно* правообразующей силой» (Киппъ въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ говоритъ объ отсутствіи у сената въ республиканское время права дѣлать постановленія, обязательныя непосредственно *для народа и для суда присяжныхъ*). Та же неясность проявляется въ отдѣлѣ, посвященномъ юриспруденціи: опредѣливъ на стр. 56 право юристовъ, какъ право, непосредственно созданное римскими юристами, и посвятивъ 12 страницъ юриспруденціи, какъ источнику права, г. Синайскій въ самомъ концѣ отдѣла указываетъ на обычное право, какъ на основаніе обязательной силы права юристовъ. Въ связи съ

этимъ неясно изложеніе и по вопросу объ обязательности отдѣльныхъ юридическихъ сочиненій: обязательны ли для суда были всѣ сочиненія юристовъ, или только responsa,—и притомъ всякихъ юристовъ или только привилегированныхъ,—этихъ вопросовъ г. Синайскій не разрѣшаетъ, заставляя на основаніи однихъ своихъ словъ думать одно, другихъ—другое. Наконецъ, и въ отдѣлѣ преторскаго эдикта остается совершенно невыясненнымъ, какимъ образомъ эдиктъ сталъ источникомъ возникновенія юридическихъ нормъ, и въ чемъ заключалась открывшаяся позднѣе «возможность путемъ процессуальнаго творчества создавать матеріально правовую норму». Неясность усиливается отъ того, что, съ одной стороны, на стр. 32 сказано, что эдиктъ по своей идеѣ не былъ правовой нормой, а съ другой, на стр. 34 говорится, что «возможно признать въ принципѣ, что судебный магистратъ всегда могъ косвенно, путемъ своего процессуальнаго творчества, создать новую правовую норму». По поводу отдѣла, посвященнаго преторскому эдикту, должно замѣтить еще, что вопросъ о генезисѣ преторскаго права изложенъ вообще чрезвычайно кратко, при чемъ весьма странно, что авторъ, сославшись на Брунса, Ленеля, Зома и Покровскаго, совершенно упустилъ изъ вида Миттейса. Поставивъ въ § 15 такую неясную фразу: «въ наукѣ спорно, насколько переработка преторскаго эдикта была глубоко сдѣлана Юліаномъ», авторъ забываетъ указать на спорность приведеннаго здѣсь же утвержденія, что одобреніе сенатомъ не сообщало эдикту силы закона. Весьма замѣчательно также, что преторское право все время противополагается *національному* римскому праву,—это заставляетъ думать, что авторъ смѣшиваетъ два значенія термина ius civile.

Невыдержанность теоретическихъ воззрѣній проявляется и въ другихъ областяхъ. Напримѣръ, въ опредѣленіи обычнаго права можно указать на такую неясность: на стр. 14 изложеніе отдѣла начинается такимъ напечатаннымъ курсивомъ положеніемъ: «Благодаря природному сходству и даже единству мыслей всѣхъ членовъ націи (народному духу), народъ творитъ непосредственно, въ своемъ народномъ сознаніи, всеобщее юридическое убѣжденіе—обычное право». Казалось бы, что давъ такое опредѣленіе въ самомъ началѣ отдѣла, авторъ ясно сталъ на почву теоріи исторической школы,—однако, сказанное на стр. 16 заставляетъ думать, что г. Синайскій держится

взглядовъ «современной науки». Въ концѣ-концовъ остается неизвѣстнымъ, какое именно воззрѣніе авторъ считаетъ болѣе правильнымъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ не получается яснаго представленія объ условіяхъ возникновенія обычно-правовой нормы (ср. напр., такую фразу у которой конецъ противорѣчитъ началу: «Однако, правовое убѣжденіе, какъ слѣдствіе общаго уклада народной жизни, не есть непремѣнно всегда правовая норма. Эта послѣдняя, *правда въ болѣе рѣдкихъ случаяхъ* (курсивъ нашъ), можетъ быть создана и дѣйствіями людей, обычаемъ—соблюденіемъ... ...Вѣрнѣе даже думать, что правовое убѣжденіе и человѣческое дѣйствіе суть двѣ дополняющіе другъ друга правообразующія силы, изъ которыхъ послѣдняя выполняетъ въ тоже время функцію источника познанія права».

Въ ученіи о законѣ неясно самое опредѣленіе закона и основаніе его обязательной силы: на стр. 8 стоитъ такое опредѣленіе закона: «Законъ въ сущности есть общеобязательная правовая норма. Для ея созданія необходимо, поэтому, или соглашеніе всѣхъ гражданъ или внѣшній авторитетъ, хотя бы божества»; на стр. 20, lex lata опредѣляется, какъ «правовая норма, установленная народомъ исключительно для себя, по предложенію магистрата, въ народномъ собраніи, и надлежащимъ образомъ объявленная», а на стр. 22, критикуя ученіе о народномъ суверенитетѣ и указывая, что «народъ не былъ источникомъ всей государственной власти, а самъ входилъ въ составъ этой власти, какъ одинъ изъ ея основныхъ элементовъ», авторъ, самъ того не замѣчая, опровергаетъ свое воззрѣніе на народъ, какъ на творца закона, и колеблетъ данное на стр. 20 опредѣленіе закона. Эта основная неясность ученія о законѣ отражается въ дальнѣйшемъ изложеніи, напр., въ § 12, говорящемъ о lex data (г. Синайскій переводитъ весьма неудачнымъ терминомъ «формально-народный законъ»): здѣсь весьма неясно сказано о томъ, кто издавалъ такіе законы (что, напр., означаетъ фраза: «промагистратомъ могло быть и частное лицо»?), при какихъ условіяхъ этотъ законъ получаетъ силу (чье утвержденіе и когда требовались), кто былъ здѣсь правообразующей силой.

Переходя теперь къ болѣе детальнымъ недочетамъ, укажемъ на слѣдующее. На стр. 25 помѣщена критика традиціоннаго разсказа о появленіи XII таблицъ—то, что у Киппа находится въ § 7; Киппъ тамъ приводитъ разсказъ Ливія и ука-

зываетъ (въ прим. 1) на неясное и противорѣчивое изложенiе государственно-правовой стороны хода дѣла,—эта неясность заставляетъ скептически относиться къ разсказу. Г. Синайскiй излагаетъ это слѣдующими словами: «противорѣчiе основного мотива (изданiя законовъ) фактическимъ даннымъ изумительна. Такъ напр., народный трибунъ Терентiй Арса заявляетъ, что онъ внесетъ законопроектъ о назначенiи пяти мужей для написанiя законовъ о консульской власти. Спрашивается, куда внесеть?» и т. д. Для читателя остается неяснымъ, въ чемъ именно заключается противорѣчiе между *основнымъ мотивомъ* и фактическими данными, и почему неточности разсказа Ливiя противорѣчатъ допущенiю именно этого мотива изданiя XII таблицъ, т. е. борьбы плебеевъ съ патрицiями и желанiя ограничить власть магистратовъ. Кромѣ того, авторъ дѣлаетъ здѣсь свои добавленiя къ Киппу: онъ, во-первыхъ, слово «мотивъ» употребляетъ не въ общепринятомъ въ наукѣ смыслѣ, сбивая тѣмъ неопытнаго читателя («въ мотивъ о борьбѣ плебеевъ съ патрицiями изъ-за изданiя законовъ вплетенъ еще другой мотивъ о посылкѣ особой комиссiи въ Грецiю для изученiя законовъ Солона»), а во-вторыхъ, критикуя «основной» мотивъ, онъ указываетъ на его противорѣчiе *логикѣ*: «Если магистраты злоупотребляли своей властью, то надо было, слѣдовательно, ограничить магистратовъ. Вмѣсто этого составляются законы, которые по меньшей мѣрѣ въ 9/10 своего содержанiя не имѣютъ никакого отношенiя къ злоупотребленiямъ и произволу магистратовъ». Такое поразительное утвержденiе врядъ ли нуждается въ опроверженiи.

На стр. 20 говорится слѣдующее: «Впрочемъ, на болѣе точномъ юридическомъ языкѣ, къ слову законъ, если онъ былъ на самомъ дѣлѣ плебисцитомъ, прибавлялось слово «плебисцитъ» (lex plebisvescitum)». Такъ перевелъ г. Синайскiй такую фразу Киппа (стр. 28, изд. 1903 г.) «In der vorsichtigen Sprache der späteren Gesetze wird oft «lex sine id plebiscitum est» zur Bezeichnung eines Gesetzes verwandt, um anzudeuten, das dasselbe möglicberweise lex, möglicherweise Plebiscit, der Unterschied aber gleichgültig sei».

На стр. 53 дается слѣдующее опредѣленiе прагматикъ: «особая форма императорскаго законодательства частнаго характера, но вмѣстѣ съ тѣмъ характера и общаго». Эта загадочная фраза представляетъ изъ себя неудачное переложенiе

слѣдующихъ словъ Каппа (стр. 74): «Die Bestimmungen der pragmaticae sanctiones sind teils allgemeiner, teils specieller Natur»... На стр. 52 въ опредѣленіи leges generales поставлено лишнее слово «какъ» измѣняющее смыслъ и создающее противорѣчіе съ дальнѣйшимъ изложеніемъ: «Императорскіе законы, какъ содержащіе въ себѣ общія правовыя нормы, назывались общими законами»... «Не всѣ, однако, императорскіе законы содержали общія нормы, т. е. были общими законами».

Нельзя не указать на то, что такіе памятники, какъ Vaticana fragmenta, collatio legum, синайскіе фрагменты, lex R. Visigothorum и нѣкоторые другіе помѣщены въ отдѣлѣ «сборниковъ конституцій», отчего у читателя должно получиться представленіе, что эти сборники состоятъ *преимущественно* изъ конституцій (на стр. 137, послѣ перечисленія этихъ памятниковъ, прямо говорится: «таковы дошедшіе до насъ сборники конституцій»). Правда, на стр. 170 сказано, что «сборниками, содержащими сочиненія римскихъ юристовъ, были большею частью уже извѣстные намъ сборники конституцій», но эта фраза должна еще болѣе убѣдить читателя, что конституціи суть главное содержаніе этихъ сборниковъ.

Любопытны, далѣе, такія мелочи: юристы начала VII ст. ab urbe cond, характеризованы слѣдующими словами: «Публій Муцій Сцевола, Маркъ Юній Брутъ и Маркъ Манилій основали гражданское право»; что означаетъ выраженіе «основали,»— ни однимъ словомъ не поясняется. О юристахъ классическихъ сказано такъ: «юристы, создавшіе своими трудами римское міровое право, называются обыкновенно римскими классическими юристами» (стр. 62). Спрашивается, какая разница между «основаніемъ» и «созданіемъ» права? Очевидно, во второй фразѣ удареніе лежитъ на словѣ «міровое», но тогда въ первой фразѣ надо было указать, какое именно гражданское право «основали» три юриста. На стр. 156, въ доказательство, что юристы V вѣка послѣ Р. Х. вовсе не такъ плохи, какъ это иногда утверждаютъ, авторъ приводитъ слѣдующее соображеніе: въ періодъ имперіи существовало неудержимое стремленіе къ кодификаціи, «кодификаціонная же работа, *даже независимо отъ того, насколько она удачно выполнена* (курсивъ нашъ), во всякомъ случаѣ требуетъ хорошихъ юристовъ. Эти юристы и существовали въ имперіи». На стр. 180, lex repetitae praelectionis характеризованъ безъ дальнѣйшихъ объясненій такъ: «кодексъ

второй рецензіи былъ въ сущности кодексомъ первой редакціи». Здѣсь же сообщается такое свѣдѣніе: «титулы кодекса, какъ и дигестъ и институцій, были впослѣдствіи раздѣлены на «начало» (principium) и параграфы». Соотвѣтственно этому на стр. 183 говорится: «Дѣленіе титуловъ (дигестъ) на «начало» и параграфы поздняго происхожденія».

Приведенные примѣры, не исчерпывающіе всѣхъ погрѣшностей книги, даютъ достаточно ясное представленіе о качествахъ работы г. Синайскаго. Прибавить можно, что стиль автора—небрежный и нелитературный, что еще больше затрудняетъ пользованіе этимъ руководствомъ. Такимъ образомъ, общее впечатлѣніе получается неблагопріятное. Учащимся книга эта дастъ меньше, чѣмъ соотвѣтствующій отдѣлъ любого учебника исторіи римскаго права, не говоря уже о такихъ пособіяхъ, какъ книга Киппа и Брунса-Лепеля (имѣющіяся на русскомъ языкѣ). Перепечатанные тексты источниковъ имѣютъ цѣну, но это—все, что можетъ дать положительнаго критикуемая книга.

А. Бѣликовъ.

Г. Г. Швиттау. Промышленные конфликты. Экономическое изслѣдованіе въ области современной политики труда на Западѣ. С.-Петербургъ, 1911. IV+III+486 стр. Цѣна 3 руб.

Данное изслѣдованію заглавіе не вполнѣ соотвѣтствуетъ его содержанію: въ книгѣ этой говорится не столько о промышленныхъ конфликтахъ вообще, объ ихъ причинахъ, значеніи и вліяніи, которое они оказываютъ на экономическую жизнь, сколько *о способахъ разрѣшенія* конфликтовъ, возникающихъ въ области промышленности между рабочими и рабочими организаціями, съ одной стороны, и предпринимателями и предпринимательскими организаціями, съ другой стороны. Промышленныя несогласія занимаютъ въ экономическихъ отношеніяхъ страны такое же мѣсто, какое международные споры занимаютъ въ международныхъ отношеніяхъ государствъ, и выработанныя жизнью средства дзя разрѣшенія экономическихъ распрей также весьма напоминаютъ существующіе въ настоящее время способы разрѣшенія несогласій между народами: есть фактическіе способы, есть мирные и есть юридическіе. О нихъ авторъ со-

бралъ большое количество новыхъ, малоизвѣстныхъ или вовсе неизвѣстныхъ свѣдѣній путемъ личнаго розыска въ западноевропейскихъ книгохранилищахъ и посредствомъ переписки и сношеній съ разными лицами, стоящими во главѣ профессіональныхъ организацій, и другими свѣдущими людьми.

Введеніе къ работѣ посвящено «бѣглому очерку» (стр. 61) ученія о столкновеніи интересовъ отдѣльныхъ лицъ и соціальныхъ классовъ, поскольку оно нашло себѣ разработку въ исторіи экономическихъ отношеній, и опредѣленію той связи, какая существуетъ между взаимной борьбой рабочихъ и работодателей и другими экономическими явленіями. Экскурсъ въ область исторіи экономической мысли привелъ автора къ слѣдующимъ выводамъ: необходимо различать два рода столкновенія интересовъ—антагонизмъ интересовъ и различіе интересовъ. Антагонизмъ интересовъ имѣетъ въ виду исключеніе одного интереса другимъ, противоположнымъ интересомъ, дабы достичь тѣмъ самымъ господства этого послѣдняго надъ первымъ. Идея объ антагонизмѣ интересовъ получила свое полное выраженіе въ ученіи о борьбѣ соціальныхъ классовъ въ концепціи К. Маркса. Практически идея эта проявляется въ *соціалистическомъ* міровоззрѣніи, согласно которому соціальные классовые интересы удовлетворяются посредствомъ борьбы отдѣльныхъ классовъ общества, въ данномъ случаѣ рабочихъ и работодателей, которые для достиженія своей цѣли прибѣгаютъ къ дѣйствіямъ, имѣющимъ задачей ослабленіе или полное уничтоженіе противника, и которые принципіально отрицаютъ всякій прочный договоръ и соглашеніе съ противной стороной.—Напротивъ различіе интересовъ ведетъ къ соглашенію и примиренію несходныхъ и сталкивающихся интересовъ. Въ этомъ смыслѣ идея столкновенія интересовъ получила въ XVIII вѣкѣ вполнѣ опредѣленное выраженіе въ ученіи о спросѣ и предложеніи. Практически идея эта проявляется въ *индивидуалистическомъ* міровоззрѣніи «гармонистовъ», согласно которому частные интересы двухъ самостоятельныхъ и равноправныхъ группъ, въ данномъ случаѣ представителей труда и представителей капитала, удовлетворяются въ формѣ взаимныхъ уступокъ, компромисса и договора, формулирующаго наиболѣе выгодные въ данную минуту условія найма (стр. 2—6, 61—64, 72, 369—370.

Главы 1-я и 2-я отведены рабочей забастовкѣ, глава 3-я рабочему бойкоту, глава 4-я примѣняемымъ работодателями

средствамъ борьбы съ забастовкой и бойкотомъ, глава 5-я промышленному посредничеству. Всѣ эти вопросы изучаются въ томъ видѣ, какъ они сложились въ промышленной жизни Германіи, Англіи и С.-А. С. Штатовъ и только для пятой главы привлечены къ изученію англійскія колоніи—Канада и австралійскіе штаты,—являющіяся передовыми странами по мирному урегулированію промышленныхъ отношеній между трудомъ и капиталомъ; во всякомъ случаѣ выставленный въ заглавіи неопредѣленный терминъ «на Западѣ» не вполнѣ точно опредѣляетъ географическія границы изучаемыхъ странъ.

Прежде чѣмъ приступить къ изученію рабочихъ забастовокъ и тактики рабочихъ союзовъ по отношенію къ нимъ, которую авторъ раздѣляетъ на *нѣмецкую* и *англо-американскую*, онъ излагаетъ подробно структуру германскихъ рабочихъ союзовъ и кратко, «въ общихъ чертахъ» и далеко, не «съ достаточной полнотой» (стр. 121 и 123)—устройство англійскихъ и американскихъ трэдъ-уніоновъ, едва ли основательно оправдываясь тѣмъ, что «подробность, съ какою мы останавливались на анализѣ уставовъ центральныхъ рабочихъ союзовъ въ Германіи, позволяетъ мнѣ по отношенію къ Англіи и Соединенымъ Штатамъ Сѣверной Америки ограничиться болѣе общимъ обзоромъ» (стр. 120). Далѣе слѣдуетъ выясненіе существенныхъ признаковъ забастовки, основныхъ моментовъ въ процессѣ забастовки, именно—выработки рабочими требованій, предъявленія ихъ работодателю, разстановки пикетовъ и борьбы съ желающими трудиться и продолжать работы или, какъ выражается авторъ, съ «нарушителями забастовки» (стр. 105), поддержки бастующихъ на средства забастовочнаго фонда,—и отношенія къ забастовкамъ права уголовнаго, полицейскаго и гражданскаго. Кромѣ, «нападающей» забастовки, которая вызывается *ненормальнымъ положеніемъ трудящихся* въ данной области труда или въ данномъ предпріятіи, авторъ изучаетъ также забастовки «по сочувствію», когда рабочіе другихъ профессій или предпріятій, гдѣ трудъ вознаграждается *вполнѣ справедливо*, бастуютъ только изъ чувства «солидарности», а также забастовки возникающія на почвѣ «разграниченія спеціальнаго труда», которыя вызываются не притѣсненіями предпринимателей, а единственно и *исключительно ссорами между самими же рабочими* различныхъ профессій, отнимающими другъ у друга тѣ или другіе спеціальные виды труда. Эти два послѣдніе вида

забастовки, какъ первый, нерѣдко обращающійся «во всеобщую забастовку, которая рѣдко остается на почвѣ экономическихъ требованій, и въ большинствѣ случаевъ является выраженіемъ обще-соціальнаго или политическаго движенія, переходящаго далеко за предѣлы одного рабочаго класса» (стр. 144), такъ и второй видъ, являющійся пережиткомъ цехового строя, противорѣчатъ опредѣленію забастовки, какъ своего рода священной, дозволенной и справедливой войны съ благою цѣлію, какъ процесса *самозащиты*, вызываемаго на почвѣ *капиталистическаго производства* необходимостью для обиженныхъ и угнетенныхъ работодателемъ рабочихъ улучшить *свое собственное матеріальное* положеніе (стр. 67) и являются также доказательствомъ того, что современныя забастовки не такъ далеко, какъ это утверждаетъ авторъ (стр. 68), отстоятъ отъ промышленныхъ конфликтовъ, возникавшихъ въ средніе вѣка, въ эпоху крѣпостничества и господства цехового строя, въ видѣ крестьянскихъ войнъ и возстаній подмастерьевъ. Собранные авторомъ матеріалы съ достаточной убѣдительностью свидѣтельствуютъ о *роли рабочихъ союзовъ* въ организаціи забастовокъ; именно преимущественно ихъ должностныя лица и члены выступаютъ подстрекателями, первыми застрѣльщиками и наиболѣе активными комбатантами въ наступающей послѣ объявленія забастовки безкровной промышленной войнѣ, при чемъ мотивы забастовки нерѣдко носятъ исключительно *личный характеръ*, не связанный съ промышленнымъ дѣломъ; такъ напр. законнымъ мотивомъ къ забастовкѣ можетъ послужить простое неоказаніе предпринимателемъ «*особенно уважительнаго* отношенія къ рабочимъ вождямъ». (стр. 222) и т. п. Въ главу 2-ю выдѣлены спеціально статистическія данныя; здѣсь авторъ является хозяиномъ своего дѣла и глава эта наиболѣе удачная во всей книгѣ. Здѣсь говорится объ организаціи и источникахъ статистики забастовокъ, объ основныхъ элементахъ забастовокъ, какъ предмета статистическаго наблюденія,—регистрируемая единица, опредѣленіе числа бастующихъ, количество потерянныхъ во время забастовки рабочихъ дней и затраченныхъ на организацію забастовки средствъ, мотивы забастовки, ея исходъ и результаты— и дается сводный анализъ числовыхъ данныхъ относительно экстенсивности и интенсивности промышленныхъ конфликтовъ, поводовъ къ нимъ и ихъ результатовъ. Однако обо всѣхъ очень интересныхъ для юриста «*побочныхъ обстоятельствахъ*,

которыя *обыкновенно сопровождают всякую* сколько-нибудь значительную забастовку», какъ-то досрочная пріостановка работъ, нарушеніе договора найма, насилія дѣйствіемъ противъ личности и имущества, нарушеніе тишины и спокойствія, авторъ умалчиваетъ, полагая, что они «не должны имѣть мѣста» въ его изслѣдованіи, такъ какъ онъ изучаетъ промышленные конфликты «какъ *экономическую* проблемму» (стр. 186), хотя въ его «экономическомъ» изслѣдованіи есть особый отдѣлъ объ «отношеніи права къ забастовкѣ» и хотя въ другихъ мѣстахъ своей книги при описаніи другихъ средствъ борьбы онъ не отказываетъ въ группировкѣ юридическихъ данныхъ; такъ напр. онъ говоритъ о «*криминальныхъ элементахъ*» бойкота, который въ Ирландіи «часто принимаетъ характеръ обычныхъ преступленій» и «выражается въ видѣ угрозъ поджогомъ, убійствомъ скота и вообще поврежденіемъ собственности» (стр. 252—253); кромѣ того едва ли подобныя дѣянія имѣютъ одно уголовно-правовое значеніе, они весьма характерны и для учета *экономическихъ* послѣдствій, проистекающихъ для народнаго хозяйства отъ дѣйствій стачечниковъ, не менѣе, чѣмъ данныя о количествѣ потерянной рабочими во время стачки заработной платы.

Затѣмъ изучается другое средство причиненія матеріальнаго вреда предпринимателю, выражающееся не въ активномъ сопротивленіи, какъ забастовка, а въ пассивномъ,—именно рабочій бойкотъ, какъ реальный и личный *прямой* бойкотъ, выражающійся въ открытомъ массовомъ отказѣ рабочихъ отъ потребленія продуктовъ, изготовленныхъ нѣкоторыми опредѣленными промышленными фирмами, или отъ работъ на эти фирмы въ виду того, что эти фирмы находятся во *враждебныхъ отношеніяхъ* съ тѣмъ или другимъ рабочимъ союзомъ и не выполняютъ его «желаній» (стр. 240), такъ и *косвенный* бойкотъ, такъ называемый лэбель, состоящій въ отмѣткѣ путемъ особыхъ условныхъ знаковъ и клеймъ тѣхъ товаровъ, производство которыхъ обставлено условіями, благопріятными для рабочихъ союзовъ.—Вслѣдъ за этимъ излагаются мѣры, предпринимаемыя работодателями въ борьбѣ съ боевымъ профессіональнымъ движеніемъ рабочихъ съ цѣлію приданія промышленной жизни большей устойчивости и сокращенія, по возможности, разорительныхъ принудительныхъ остановокъ работы; послѣ описанія организацій работодателей въ трехъ указанныхъ выше странахъ приводятся матеріалы о локаутѣ, о чер-

ныхъ спискахъ, объ обезпеченіи найма рабочихъ на случай промышленныхъ конфликтовъ и о возмѣщеніи убытковъ, наносимыхъ промышленности забастовками.—Этимъ оканчивается отдѣлъ о фактическихъ способахъ рѣшенія несогласій въ промышленности; мирные и юридическіе способы авторъ соединяетъ подъ общимъ наименованіемъ «промышленное посредничество». Во всѣхъ этихъ пяти главахъ изслѣдованія содержится не мало поучительныхъ фактовъ, относящихся къ самому послѣднему времени и въ *описательной части* работы заключается *положительная* сторона настоящей книги.

Но есть въ ней и свои *отрицательныя* черты. Обработка собранныхъ матеріаловъ не вездѣ закончена, освѣщеніе вопросовъ производится порою невѣрно и односторонне, изложеніе не всегда отличается послѣдовательностью и полнотою (см. 121, 122, 136, 153, 164, 314, 375, 417), формулировка собственныхъ выводовъ и собственныхъ принципіальныхъ воззрѣній автора далека отъ совершенства, особенно слаба разработка такихъ экономическихъ проблеммъ, которыя тѣсно соприкасаются съ правомъ.

Авторъ назвалъ свое изслѣдованіе «экономическимъ», но въ дѣйствительности вышелъ далеко за предѣлы политической экономіи, хотя онъ самъ же признаетъ, что юридическіе вопросы не относятся къ его «спеціальности» (стр. 456); это обстоятельство особенно даетъ себя чувствовать, когда онъ начинаетъ обсуждать вопросъ о разрѣшеніи промышленныхъ споровъ путемъ третейскаго суда. Терминологія его весьма запутанная: въ главу о «промышленномъ *посредничествѣ*» онъ вноситъ «*арбитражъ*» (стр. 369) и третейскіе суды называетъ «органами посредничества», тогда какъ посредничество отличается отъ арбитража принципіально и существенно тѣмъ, что мнѣніе посредника не имѣетъ никакого обязательнаго для сторонъ значенія, а приговоръ третейскаго судьи eo ipso обязателенъ для нихъ. Путаница терминологіи усиливается еще болѣе, благодаря примѣненію *одного и того же* термина въ *двухъ различныхъ* значеніяхъ: такъ слово «обязательное» посредничество употребляется одинаково и тогда, когда идетъ дѣло объ *обязательномъ обращеніи* къ посредничеству, и тогда, когда имѣется въ виду *обязательное рѣшеніе* лица разбирающаго спора, а слово «добровольное» посредничество употребляется какъ тогда, когда стороны *добровольно обращаются* къ соглашенію при помощи по-

средника, такъ и тогда, когда *приговоръ* судьи *необязателенъ* для сторонъ (стр. 374—375). Установивъ два основныхъ начала— принципъ арбитража и принципъ соглашенія, которые выражаются «или въ авторитетномъ сужденіи (приговорѣ) третьяго лица, или въ договорѣ заключаемомъ сторонами по взаимному соглашенію» и которые кардинальнымъ образомъ различаются по «характеру и смыслу окончательнаго положенія, которымъ разрѣшается данный промышленный конфликтъ», т. е. сообразно тому, «подчиняются ли заинтересованные постороннему сужденію (т. е. рѣшенію арбитровъ), или они связываются собственнымъ волеизъявленіемъ» (стр. 371), авторъ тѣмъ не менѣе приходитъ къ совершенно немыслимому соединенію обоихъ принциповъ въ видѣ «*принудительнаго соглашенія*», куда онъ относитъ всѣ многообразныя попытки австралійскаго законодательства по «обязательному посредничеству» (стр. 374), или, точнѣе говоря, по арбитражу. Вообще терминологія и опредѣленія автора далеко не безупречны въ отношеніи ясности и точности юридическаго языка; такъ напр. онъ систематически пользуется терминомъ «офиціальное право» (напр. стр. 140, 145 и мн. др.), какъ будто есть какое-либо неофиціальное право въ государствѣ, «организованный рабочій» (стр. 160), что должно обозначать рабочаго состоящаго членомъ рабочаго союза, «единоличный договоръ» (стр. 456 и 458), тогда какъ слѣдовало бы сказать «двусторонній договоръ», такъ какъ содержаніе его опредѣляется не единолично работодателемъ по его собственному усмотрѣнію, а по соглашенію этого послѣдняго съ каждымъ изъ его рабочихъ.

Едва-ли вполнѣ, безъ всякихъ оговорокъ, вѣрна общая характеристика, даваемая авторомъ тактикѣ рабочихъ различныхъ національностей въ промышленныхъ конфликтахъ. Германская и англо-американская тактика являются, по его убѣжденію, выводами изъ двухъ діаметрально противоположныхъ и другъ друга исключающихъ міровоззрѣній—одна соціалистическаго, другая индивидуалистическаго (стр. 73—75), между тѣмъ какъ въ дѣйствительности въ каждомъ изъ трехъ вышеупомянутыхъ государствъ борятся между собою *различныя тенденціи*. Авторъ намѣренно исключилъ изъ своего изслѣдованія Францію, такъ какъ, познакомившись ближе съ положеніемъ въ ней занимавшаго его вопроса, онъ «пришелъ къ убѣжденію въ невозможности для настоящей минуты установить во фран-

цузскомъ рабочемъ движеніи *одной какой-либо* общей тенденціи» (стр. I): Франція не подходитъ для упрощенныхъ схематизацій автора. Но, достигая рельефности въ противопоставленіи двухъ тенденцій и пріурочивая каждую то къ тевтонскимъ, то къ англо-саксонскимъ народностямъ, авторъ вступилъ въ противорѣчіе съ фактическимъ положеніемъ дѣла. Не надо быть вовсе экономистомъ или статистикомъ, чтобы знать, что далеко не все рабочее движеніе въ Германіи проникнуто политическимъ характеромъ, что не все оно имѣетъ единственной только цѣлью ниспроверженіе существующаго капиталистическаго строя и проведеніе въ жизнь соціалистическихъ идеаловъ, но что оно отчасти имѣетъ задачей и борьбу за непосредственные, ближайшіе интересы пролетаріата въ отношеніи рабочей платы и рабочаго времени, т. е. частью преслѣдуетъ тѣ же цѣли, какъ и, по утвержденію автора, рабочее движеніе въ Англіи. По отношенію къ С.-А. С. Штатамъ авторъ очевидно слишкомъ переоцѣниваетъ взгляды руководителей рабочаго движенія вродѣ Гомперса (стр. 74 и 123); вѣра въ возможность мирнаго разрѣшенія промышленныхъ конфликтовъ путемъ взаимныхъ уступокъ двухъ борящихся сторонъ, съ которой можно познакомиться хотя бы по книжкѣ Митчеля (см. его «Рабочіе союзы въ Америкѣ»), далеко не есть характерная черта американскаго міровоззрѣнія и миролюбивая тактика одобряется далеко не всѣми главарями движенія; такъ напр. у Вигуру (см. его «Рабочіе союзы въ Сѣверной Америкѣ»), высказывающагося за укрѣпленіе мирныхъ отношеній между рабочими и предпринимателями, мы тѣмъ не менѣе встрѣчаемъ совѣты рабочимъ для болѣе надежной и успѣшной борьбы съ держателями капитала упрочивать самостоятельную рабочую политическую партію, и эта партія фактически начинаетъ въ наше время принимать все болѣе и болѣе вліянія на ходъ событій въ С. Штатахъ.

При обращеніи къ подобнымъ *методологическимъ пріемамъ* неудивительно, что авторъ испытывалъ немало затрудненій для благополучнаго доведенія до конца своего изслѣдованія: «едва успѣвалъ я, откровенно пишетъ онъ, разобраться въ имѣющемся у меня матеріалѣ и уяснить себѣ какой нибудь вопросъ, какъ жизнь со всѣхъ концовъ міра приносила ежедневно все новыя и новыя данныя—иногда, казалось, шедшія *прямо противъ того*, что выяснилось изъ ранѣе собранныхъ; чувствовалось, что вокругъ бушуетъ *живая жизнь*, которая не легко укла-

дывается *въ рамки строгаго* научнаго мышленія... и нерѣдко это приводило меня въ отчаяніе» (стр. III). Причина этого будетъ вполнѣ понятна, если обратить вниманіе на то, какъ просто и легко объединяетъ авторъ все разнообразіе жизненныхъ явленій и какъ увѣренно укладываетъ онъ живыя образованія на прокрустово ложе общихъ, отвлеченныхъ, теоретическихъ формулъ.

Н. Голубевъ.

Смѣсь.

Землеустройство за 1907—1910 годы по офиціальнымъ даннымъ.

Землеустройство (1907—1910 г.г.) Изданіе главнаго Управленія Землеустройства и Земледѣлія. СПБ. 1911. 81+120 стр.—Обзоръ дѣятельности Главнаго Управленія Землеустройства и Земледѣлія за 1910 годъ. СПБ. 1911, стр. 42—47 и 185—248.

Землеустроительная дѣятельность правительства, особенно развившаяся съ 1906 года, находитъ себѣ объясненіе не только въ обнаружившейся въ началѣ XX столѣтія земельной нуждѣ нѣкоторой части крестьянства, но и въ необходимости дать полное осуществленіе идеямъ, положеннымъ въ основу тѣхъ мѣръ, которыя полвѣка тому назадъ были предприняты по устройству земельнаго быта сельскаго населенія.

Манифестъ 19 февраля 1861 года имѣлъ цѣлью создать классъ крестьянъ—мелкихъ земельныхъ *собственниковъ* и, если дальнѣйшія правительственныя мѣропріятія содѣйствовали укрѣпленію общинныхъ началъ, то это произошло вслѣдствіе затруднительности быстрой и коренной ломки стариннаго землеустройства и вслѣдствіе желательности, до полнаго завершенія выкупа надѣльныхъ земель, путемъ взаимнаго другъ за друга ручательства всѣхъ односельчанъ даннаго общества обезпечить своевременную выплату выкупной ссуды; установленная закономъ *обязанность* сельскаго общества выдѣлять въ личную и частную собственность участки, выкупленные отдѣльными домохозяевами, не находила себѣ широкаго распространенія вслѣдствіе особыхъ условій деревенской жизни, сложившихся вѣками. Изъ 109 милліоновъ десятинъ, предоставленныхъ въ надѣлъ, 90 милліоновъ были отведены въ общинное и только 19 милліоновъ въ подворное пользованіе. При томъ повсемѣстно земля отводилась не отдѣльнымъ крестьянамъ, а цѣлымъ сельскимъ обществамъ, независимо отъ того, какое сложилось землепользованіе внутри самого общества. Такъ въ селеніяхъ съ подворнымъ владѣніемъ, гдѣ за каждымъ дворомъ значились опредѣленные участки въ натурѣ, надѣлъ все-таки отводился цѣлому обществу, а не по отдѣльнымъ актамъ для каждаго подворнаго владѣнія. Точно также круговая порука, распространенная на всѣ безъ изъятія платежи общинныхъ селеній, была примѣнена, хотя далеко не въ столь полномъ видѣ, и къ подворнымъ обществамъ. Такой порядокъ надѣленія землею, допущенный въ цѣляхъ *скорѣйшаго* проведенія реформы и обезпеченія *финансовой* ея стороны, могъ поддерживаться только до окончанія выкупной операціи, съ реализаціей которой естественно долженъ былъ найти себѣ примѣненіе и *основной принципъ* крестьянской реформы 1861 года—укрѣп-

леніе земли за каждымъ ея владѣльцемъ въ удобныхъ для хозяйства границахъ, по возможности къ одному мѣсту, и освобожденіе каждаго домохозяина отъ зависимости въ земельномъ отношеніи отъ сельскаго общества.

Необходимость болѣе точнаго разверстанія земли въ натурѣ вызывалась и многолюдностью отдѣльныхъ селеній, что замѣчается особенно на югѣ Россіи, и отводомъ земли по одному общему акту надѣленія, и слѣдовательно по одному плану, сразу нѣсколькимъ селеніямъ въ нераздѣльное пользованіе, что, въ связи съ обычной черезполосностью крестьянскихъ угодій, порождало множество затрудненій для домохозяевъ, живущихъ вдали отъ обрабатываемыхъ ими участковъ и имѣющихъ эти участки въ разныхъ мѣстахъ общинной земли. Правильное веденіе хозяйства, улучшеніе системы пользованія землею и увеличеніе производительности земли становились трудно достижимыми при установившемся общинномъ владѣніи землею, съ его стѣсненіемъ домохозяевъ въ хозяйственномъ распоряженіи ихъ участками и временностью пользованія послѣдними, и даже при подворномъ владѣніи землею, гдѣ особенно тормазитъ дѣло черезполосность участковъ.

Интересы энергичныхъ, работящихъ и трудоспособныхъ землевладѣльцевъ требовали полнаго *раскрѣпощенія* отдѣльнаго домохозяина и съуженія полномочій міра вообще. Нельзя говорить объ абсолютномъ малоземельѣ русскаго крестьянства: земельное обезпеченіе крестьянскаго двора у насъ *значительно выше*, чѣмъ на Западѣ Европы; если брать въ расчетъ одну только надѣльную землю и оставить безъ учета землю, пріобрѣтенную покупкою, то въ среднемъ для Европейской Россіи на одинъ дворъ приходится 10,2 десятины, тогда какъ въ Австріи средній размѣръ мелкаго землевладѣнія составляетъ всего 5,1 дес., во Франціи 4,4 дес., и въ Германіи только 4,1 дес. Поэтому причина неурожайности русской земли и голодовокъ русскаго крестьянства заключается не въ томъ, что земли у крестьянъ, вообще говоря, мало, а въ томъ, что сама земля поставлена въ условія, при которыхъ улучшенія на ней крайне затруднительны. Крестьянскія общины, распоряжаясь землею, съумѣли разрѣшить *лишь одну* поставленную имъ задачу—равномѣрно и справедливо раздѣлять періодически землю между односельчанами, но не могли согласовать обезпеченіе землею и обезпеченіе нуждъ земли. Результаты такого, свойственнаго общинному строю, отношенія къ землѣ не замедлили сказаться въ *пониженіи производительности* почвы и въ неурожайности, все еще продолжающей оставаться характерной особенностью русскаго сельскаго хозяйства.

Между тѣмъ въ большинствѣ государствъ Западной Европы залогомъ процвѣтанія сельскаго хозяйства и одною изъ причинъ исчезновенія систематическихъ неурожаевъ послужило постепенное освобожденіе земли и земледѣльческаго труда отъ оковъ, унаслѣдованныхъ деревней отъ средневѣковаго вотчиннаго и общиннаго строя, что началось со второй половины XVIII столѣтія, въ Англіи же стремленіе къ преобразованію старыхъ земельныхъ порядковъ восходитъ еще къ XVI и XVII вѣкамъ. Опытъ Западной Европы, казалось, говоритъ въ пользу реформы, предпринятой нашимъ правительствомъ только въ текущемъ, но задуманной еще въ прошломъ столѣтіи. Полнаго разрѣшенія земельнаго вопроса достигнуть въ краткій періодъ времени невозможно, на Западѣ разверстаніе земель-

ныхъ угодій длилось столѣтіями и поэтому неудивительно, что достигнутые у насъ пока результаты далеко не вполнѣ еще удовлетворили поставленныя при введеніи реформы цѣли.

Самая дѣятельность правительства началась еще весьма недавно; по отмѣнѣ съ 1903 г. круговой поруки и съ 1907 года выкупныхъ платежей исчезло послѣднее препятствіе къ измѣненію стараго земельнаго строя и началось, постепенно растущее, содѣйствіе землеустроительныхъ комиссій выдѣлу причитающихся на долю каждаго домохозяина участковъ надѣльной земли, выразившееся не только въ составленіи землеустроительныхъ проектовъ, но и въ исполненіи ихъ въ натурѣ, не только на надѣльныя земли, но и на земли покупаемыя крестьянами непосредственно отъ владѣльцевъ при содѣйствіи Крестьянскаго Банка. Дѣло съ первыхъ же его шаговъ велось съ настойчивостью, долженствоваавшей обезпечить успѣшность предпріятія; кромѣ того сами крестьяне подъ вліяніемъ покупокъ при помощи Банка во многихъ мѣстахъ убѣдились въ удобствѣ новыхъ формъ землевладѣнія и охотно начали разверстываться на хутора и отрубы, такъ что комиссіямъ по временамъ приходилось уже сдерживать крестьянъ и убѣждать ихъ приступать къ разверстанію не иначе, какъ обстоятельно обсудивъ всѣ условія нововведеній въ каждомъ отдѣльномъ слу- чаѣ. Послѣ изданія закона 14 іюня 1910 года о выходѣ изъ общины существенно измѣнилось положеніе землеустроительныхъ комиссій, на которыя этимъ закономъ возложено, взамѣнъ прежняго содѣйствія землеустройству при добровольномъ согласіи разверстывающихся, производсто обязательныхъ выдѣловъ изъ надѣльныхъ земель, съ разрѣшеніемъ всѣхъ возникающихъ при этомъ споровъ.

Изъ разсмотрѣнія цифровыхъ данныхъ можно вывести заключеніе о томъ, что площадь землеустройства *прогрессивно увеличивается* вслѣдствіе сознательной и *планомѣрной* дѣятельности въ одномъ направленіи какъ правительства, такъ и наиболѣе обезпеченныхъ, исправныхъ и кредитоспособныхъ слоевъ сельскго населенія. На *надѣльныхъ* земляхъ составлено землеустроительныхъ проектовъ за 1907—1910 года для 920281 домохозяевъ на 8662990 дес., именно въ 1907 году—на 51984 двора и на 616330 дес., въ 1908 году—на 119861 дворъ и на 1105684 дес., въ 1909 году на 329392 двора и на 3004650 дес. и въ 1910 году на 419044 двора и на 3936296 дес. При этомъ можно замѣтить, что во всѣхъ уѣздахъ и губерніяхъ, гдѣ открыты землеустроительныя комиссіи, стремленіе крестьянъ къ измѣненію условій землепользованія замѣтно возрастаетъ, во многихъ губерніяхъ движеніе къ разверстанію надѣльныхъ земель приняло массовой характеръ, особенно въ губерніяхъ Харьковской Самарской, Екатеринославской, Херсонской, Волынской, Саратовской, Московской, Тамбовской, Воронежской и Казанской. Количество ходатайствъ въ большинствѣ случаевъ превышаетъ имѣющіяся въ губерніи наличныя землеустроительныя и межевыя силы, а потому при составленіи ежегоднаго плана работъ дѣлается строгій выборъ и къ полевому исполненію назначаются лишь тѣ дѣла, гдѣ желанія крестьянъ вылились въ вполнѣ опредѣленную форму и предположенное земельное переустройство встрѣчаетъ сочувствіе большинства населенія. Этимъ, какъ и естественною медлительностью при введеніи всякой обширной и сложной реформы, объясняется незначительный пока еще

процентъ разверстанной крестьянской земли сравнительно съ количествомъ отошедшихъ въ 1861 году сельскимъ обществамъ помѣщичьихъ и казенныхъ земель; немало въ первое время мѣшало успѣху дѣла отсутствіе опыта и точныхъ порядковъ и пріемовъ выполненія работъ.

Поступающія отъ крестьянъ ходатайства объ улучшеніи условій землепользованія имѣютъ цѣлью или *полное* устраненіе существующаго порядка землепользованія путемъ разверстанія надѣльной земли всего сельскаго общества на хутора и отруба или посредствомъ выдѣла отдѣльнымъ домохозяевамъ участковъ общинной земли къ одному мѣсту (землеустройство *единоличное*) или *частичное* переустройство путемъ уменьшенія чрезполосности и разбросанности участковъ главнымъ образомъ путемъ выдѣла болѣе отдаленныхъ земель подъ выселки и раздѣла тѣхъ общинъ, которыя состоятъ изъ нѣсколькихъ селеній или изъ значительнаго числа дворовъ (землеустройство *групповое*).

По единоличному землеустройству достигнуты слѣдующіе результаты: всего составлено землеустроительныхъ проектовъ за указанные четыре года для 474375 дворовъ и на 4851259 дес. Разверстаніе цѣлыхъ обществъ есть наиболѣе удобная и цѣлесообразная форма разбивки земли съ землеустроительной точки зрѣнія, и наименѣе легко осуществимая въ практическомъ отношеніи въ виду необходимости предварительно достигнуть согласія законнагó большинства сельскаго схода, а затѣмъ правильно согласовать интересы отдѣльныхъ домохозяевъ въ зависимости отъ права на опредѣленный земельный пай съ одной стороны и качества угодій и расположенія ихъ—съ другой. Не мало трудностей представляютъ и выдѣлы участковъ, требующіе тщательнаго соображенія со всѣми мѣстными условіями и особенностями землевладѣнія и необходимости согласовать интересы какъ выдѣляющагося, такъ и общины. Къ 1 января 1911 года было составлено землеустроительныхъ проектовъ для *разверстанія* селеній съ *общиннымъ* землепользованіемъ для 5304 обществъ въ 250899 дворовъ и на 2703308 дес., съ *подворнымъ* землепользованіемъ для 2944 обществъ въ 110376 дворовъ на 956789 дес. и для *выдѣла* къ одному мѣсту отдѣльныхъ участковъ изъ общинныхъ земель для 10868 обществъ въ 113100 дворовъ на 1191162 дес. Изъ этого видно, что около трехъ четвертей всѣхъ дѣлъ по единоличному землеустройству приходится на разверстаніе цѣлыхъ селеній, преимущественно пользующихся землею на общинныхъ началахъ. По числу вновь образованныхъ на надѣльныхъ земляхъ единоличныхъ владѣній особенно выдѣляются губерніи Екатеринославская, Херсонская, Самарская, Харьковская и Кіевская, т. е. южныя губерніи Россіи.

По групповому землеустройству за 1907—1910 годы было всего составлено землеустроительныхъ проектовъ для 445906 дворовъ и на 3811701 дес. Эти работы имѣютъ важное значеніе для возможности перехода въ будущемъ къ единоличному землепользованію и являются пока палліативными мѣрами, которыя вводятъ лишь поправки и измѣненія къ лучшему, но не доводятъ дѣла улучшенія землеустройства до конца. Чаще всего приходилось здѣсь производить *раздѣлъ* между селеніями, владѣющими землею *по одному плану* или *между частями* многолюдныхъ селеній, именно для 366733 дворовъ и на 3429353 дес. рѣже—*выдѣлъ* земель подъ выселки

и другія межевыя работы. Первое мѣсто по групповому землеустройству занимаютъ губерніи Московская, Казанская, Тульская, затѣмъ идутъ губерніи Владимирская, Харьковская, Пензенская, Воронежская, Ярославская, Рязанская, Пермская, Костромская и Новгородская, т. е. губерніи центральной Россіи, гдѣ общинное начало имѣетъ наиболѣе глубокія корни.

Сверхъ того правительствомъ было *запродано* за четыре года безземельнымъ или малоземельнымъ крестьянамъ *казенной* земли 280733 дес., въ томъ числѣ хуторами и отрубами 259518 дес.; при продажѣ казенныхъ земель основной задачей поставлено было образованіе *прочныхъ* крестьянскихъ хозяйствъ и поэтому земля продавалась преимущественно хуторскими участками, допускающими полную возможность веденія самостоятельнаго хозяйства. Наконецъ на основаніи указа 27 августа 1906 года распредѣлено землеустроительными комиссіями казенной земли въ *аренду*—*отдѣльнымъ крестьянамъ*—домохозяевамъ 501252 дес., *товариществамъ* крестьянъ—1277145 дес. и сельскимъ *обществамъ* 1545636 дес. Къ этому надо добавить, что землеустроительныя комиссіи оказывали то или иное содѣйствіе при покупкѣ крестьянами при помощи Крестьянскаго Банка *частновладѣльческихъ* земель всего размѣромъ въ 2019762 дес.

Процессъ переустройства земельнаго строя Россіи еще только начался; для начала результаты достаточно удовлетворительны.

Н. Голубевъ.

ОТЪ РЕДАКЦІИ ЖУРНАЛА

„Тюремный Вѣстникъ“.

Журналъ „Тюремный Вѣстникъ“ издается Главнымъ Тюремнымъ Управленіемъ съ 1893 года и будетъ выходить съ 1912 года ежемѣсячно въ объемѣ отъ 16 до 20 печатныхъ листовъ (въ іюлѣ книжка журнала выходитъ за іюнь и іюль, въ сентябрѣ за августъ и сентябрь). Журналъ, включая въ себѣ какъ официіальный, такъ и неофиціальный отдѣлы и имѣя въ виду преимущественно интересы и запросы служащихъ по тюремному вѣдомству, является не только руководящимъ, но и справочнымъ изданіемъ по всѣмъ вопросамъ, касающимся тюремной и конвойной службы, освѣщая въ тоже время эти вопросы также и съ теоретической научной точки зрѣнія. Соотвѣтственно этому „Тюремный Вѣстникъ“ даетъ свѣдѣнія и указанія, касающіяся какъ тюремныхъ установленій, такъ и учрежденій тюремно-благотворительнаго характера, а равно и исправительно-воспитательныхъ заведеній для несовершеннолѣтнихъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, широко открываетъ свои страницъ для обмѣна мнѣній тюремныхъ дѣятелей и представителей науки тюрьмовѣдѣнія, по всѣмъ предметамъ тюремнаго строя и распорядка. Между прочимъ, въ видѣ приложеній къ отдѣльнымъ книжкамъ Журнала, въ 1912 году будутъ помѣщаться труды VIII съѣзда представителей воспитательно-исправительныхъ заведеній.

Подписка на „Тюремный Вѣстникъ“ на 1912 годъ принимается въ Главномъ Тюремномъ Управленіи (С.-Петербургъ, Греческій пр. 23). Подписная плата—**7** р. за годъ и **4** р. за полгода, съ доставкою и пересылкою, за границу **9** р. за годъ и **5** р. за полгода. Цѣна отдѣльной книжки—**1** р. (безъ пересылки). За перемѣну адреса уплачивается—**60** к.

Объявленія принимаются съ платою за страницу **25** р. за $^{1}/_{2}$ страницы—**13** р., за $^{1}/_{4}$ страницы—**7** р., за $^{1}/_{8}$ страницы—**4** р. и за строку—**50** к., кромѣ объявленій на обложкѣ, которыя оплачиваются по соглашенію. Объявленія на $^{1}/_{2}$ года и болѣе оплачиваются со скидкою съ означенныхъ цѣнъ по соглашенію.

Отдѣльныя книжки журнала, въ которыхъ помѣщены извлеченія изъ Отчетовъ Начальника Главнаго Тюремнаго Управленія С. С. Хрулева о служебной поѣздкѣ его въ Иркутскую губ. и въ Забайкальскую обл. въ 1909 году, и въ Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты и въ Англію въ 1909 году, могутъ быть выписываемы изъ Редакціи съ уплатою по 1 руб. за каждую книжку.

Съ требованіями обращаться въ Редакцію журнала „Тюремный Вѣстникъ“ (Спб. Греческій пр., 23).

